

LA
RÉPARTITION DES COMPÉTENCES
ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS
ET LES
TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 11 Juillet 1958

PAR

MICHEL FROMONT

MEMBRES DU JURY :

Président : M. J. RIVERO, Professeur

Suffragants : { M. EISENMANN, Professeur
 { M. BERLIA, Professeur.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot (V^e)

PARIS

1960

1958



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551516_0061

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES
ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS
ET LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
EN DROIT ALLEMAND

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA
RÉPARTITION DES COMPÉTENCES
ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS
ET LES
TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 11 Juillet 1958

PAR

MICHEL FROMONT

MEMBRES DU JURY :

Président : M. J. RIVERO, Professeur

Suffragants : { M. EISENMANN, Professeur
M. BERLIA, Professeur.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, rue Soufflot (V^e)

PARIS

—
1960



Au début de cet ouvrage, je veux exprimer toute ma gratitude :

— au professeur Forsthoff, titulaire de la chaire de droit administratif de l'Université de Heidelberg, qui m'a initié à la méthode juridique allemande et m'a guidé dans mes recherches ;

— au professeur Mosler, directeur de l'Institut Max-Planck de droit public comparé et international, qui m'a accueilli si aimablement dans son institut et m'a prodigué son aide intellectuelle et morale ;

— au professeur Rivero, de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, qui m'a orienté vers le droit administratif comparé et m'a dirigé avec tant de bienveillance tout au long de l'élaboration de cet ouvrage.

Je tiens aussi à remercier :

— les professeurs Scheuner et Münch, de Bonn, E.R. Huber, de Fribourg-en-Brisgau, Jaenicke, de Francfort-sur-le-Main, et le juge fédéral Fürst, du Tribunal administratif fédéral, pour leurs conseils et leurs suggestions ;

— les membres de l'Institut Max-Planck de droit public comparé et international, et plus particulièrement M. Steinberger, assistant, pour leur collaboration de tous les instants.

Michel FROMONT.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

PREMIÈRE PARTIE : *L'organisation juridictionnelle.*

CHAPITRE I. — Les divers ordres de juridictions.

CHAPITRE II. — La procédure de répartition des compétences entre les divers ordres de juridictions.

DEUXIÈME PARTIE : *La nature du droit applicable, principe de répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs.*

CHAPITRE III. — La nature du droit applicable, titre général de compétence des tribunaux civils et des tribunaux administratifs.

CHAPITRE IV. — L'attribution aux tribunaux civils de certains litiges de droit public.

CHAPITRE V. — L'attribution partielle des contentieux incidents aux tribunaux juges des contentieux principaux.

TROISIÈME PARTIE : *Le problème de la détermination du droit applicable au litige.*

CHAPITRE VI. — Les origines de la délimitation actuelle entre les activités administratives de droit privé et celles de droit public.

CHAPITRE VII. — Les actes isolés de gestion privée.

CHAPITRE VIII. — Les activités de l'administration dans le cadre du droit privé.

CHAPITRE IX. — Les activités de puissance publique, source de responsabilité.

CHAPITRE X. — Les actes et les rapports juridiques relevant de la juridiction administrative.

CONCLUSION GÉNÉRALE.

INTRODUCTION GENERALE

En France, deux ordres de juridictions, l'un judiciaire, l'autre administratif, coexistent depuis plus d'un siècle et demi. Pourtant, la frontière que sépare leurs domaines respectifs demeure encore très incertaine. Bien plus, elle devient chaque jour plus imprécise au fur et à mesure que les activités de l'Etat s'étendent et se diversifient.

Ce problème se pose dans tous les pays qui ont adopté le principe de la « séparation des autorités administratives et judiciaires ». En particulier, il se pose en Allemagne dans toute son ampleur depuis que les juridictions administratives ont reçu compétence générale pour connaître de tous les litiges de droit public (1).

Dans ces conditions, il nous a semblé intéressant d'étudier comment le droit allemand répartit les compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs (2).

SECTION PREMIÈRE

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS ET LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, PROBLÈME COMMUN AUX DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND

Par des voies différentes, la France et l'Allemagne sont parvenues à des systèmes juridictionnels très proches l'un de l'autre : tous deux

(1) Voir un tableau d'ensemble des solutions étrangères apportées à ce problème dans J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, 1954-1955, polycopié, pp. 130 et 139.

(2) Nous ne parlons pas de tribunaux judiciaires parce que nous n'étudierons ni la compétence des tribunaux répressifs, ni même celle des tribunaux du travail qui constituent des juridictions autonomes.

comportent un ordre judiciaire chargé d'appliquer le droit privé et un ordre administratif chargé d'appliquer le droit public. Dans les deux pays, cette dualité de juridictions pose un problème fondamental : celui de la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs.

§ 1. — Le problème en droit français.

Il s'est posé dès la création du Conseil d'Etat et des Conseils de préfecture par Napoléon. Mais il ne s'est pas toujours posé dans les mêmes termes.

Certes, les tribunaux judiciaires ont subi peu de transformations depuis l'Empire. Leur organisation et leur procédure sont restées les mêmes. Leurs attributions sont demeurées inchangées : trancher tous les litiges à l'exception de ceux qui risqueraient « de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ».

Par contre, la juridiction administrative s'est considérablement transformée au cours du XIX^e siècle, sans d'ailleurs jamais renier ses origines.

Au début du XIX^e siècle, il n'y avait pas de juridiction administrative au sens moderne du mot. Il y avait seulement des Conseils administratifs : le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture, chargés, conformément à leur dénomination, de conseiller le gouvernement et les préfets dans la préparation des règlements administratifs et l'expédition des affaires contentieuses intéressant l'administration. A cette époque, ces Conseils ne présentaient pas les caractères d'une juridiction, car ni le statut de leurs membres ni la procédure utilisée n'offraient la moindre garantie. Encore moins, présentaient-ils les caractères d'une juridiction spécialisée dans l'application d'un droit particulier à l'administration : la notion de droit administratif n'existait pas. Ces conseils intervenaient simplement lorsque les intérêts essentiels de l'administration étaient en cause : ils étaient des juges d'exception. A cette époque, le problème n'était pas encore un problème juridique, il restait surtout un problème politique.

Les juristes français de la Restauration ne se trompèrent pas sur le caractère véritable de ces « juridictions administratives » et ceux d'entre eux qui étaient attachés aux conceptions libérales de l'époque réclamèrent leur suppression. Mais les divers régimes qui se succédèrent de 1815 à 1870 ne l'entendirent pas de cette façon : pourquoi se priver d'un instrument commode de gouvernement ? Pourquoi accepter que l'administration perde ses juges et soit obligée d'aller plaider sa cause comme un simple particulier devant les tribunaux ordinaires ?

Cependant, les critiques des libéraux obligèrent les conseils administratifs à se transformer progressivement. La procédure se juridictionnalisa et surtout, les conseils s'abstinrent de trancher les litiges requérant l'application du droit commun. Juges d'exception, ils devinrent des juridictions spécialisées dans l'application d'un droit propre aux activités spécifiques de l'Etat. Cette évolution a été très progressive : commencée dès l'Empire, elle ne s'est achevée qu'au début de la III^e République.

Ainsi, peu à peu, le problème de la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux civils change de nature. De politique il devient juridique. Désormais il est résolu par des considérations juridiques, à savoir la nature du droit applicable au litige. Une règle nouvelle apparaît : tout litige de droit administratif relève des juridictions administratives, tout litige de droit civil relève des juridictions ordinaires. Le domaine du contentieux administratif s'identifie désormais à celui du droit administratif. Le problème de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions devient ainsi un problème juridique fondamental.

Or, la délimitation du domaine du droit administratif devait se révéler extrêmement délicate à opérer. En particulier, devait-il comprendre tous les contrats de l'administration, tous les faits dommageables imputables aux services publics ? ou devait-il en exclure certains ?

On chercha tout d'abord la réponse à ces questions dans l'opposition entre l'Etat qui commande et l'Etat qui gère les services publics. Ce fut la théorie dite des actes d'autorité et des actes de gestion d'E. Laferrière. Elle ne devait pas survivre à son auteur, car elle ne rendait pas compte de l'étendue réelle du contentieux administratif. Par exemple, tandis que le contentieux administratif comprenait traditionnellement certains litiges contractuels, cette théorie voyait dans ceux-ci des litiges civils par nature, et leur maintien dans le contentieux administratif n'était justifié que par des considérations extérieures à la théorie.

Aussi, autour des années 1900, une nouvelle idée apparut. On opposa l'Etat qui gère les services publics et l'Etat qui poursuit des activités privées et l'on considéra que la gestion des services publics se faisait, à quelques exceptions près, selon les procédés du droit public.

Mais la multiplication des services publics industriels et commerciaux gérés directement par l'Etat fit échouer cette nouvelle tentative de synthèse. Le contentieux administratif redevenait ce qu'il avait toujours été : une masse inorganisée aux limites incertaines et purement empiriques.

Cet échec fut ressenti vivement par la doctrine française, car la

notion de service public servait de fondement à de nombreuses théories du droit administratif.

Mais surtout, cet échec se révélait catastrophique pour le plaideur. Certes, quand son affaire correspondait à un cas ancien, il était aisé de retrouver le précédent qui fournissait la solution du problème de compétence. Mais si son affaire représentait un cas nouveau, ni le plaideur, ni l'administration ne pouvait prévoir quelle juridiction serait compétente. On comprend alors que les conflits de compétence et les décisions d'incompétence du Conseil d'Etat se soient considérablement multipliés ces dernières années. Les difficultés que soulève ce partage des compétences sont telles que certains en viennent à se demander si l'existence d'une juridiction administrative autonome se justifie encore.

Devant des conclusions aussi radicales, il devient opportun de savoir comment ce problème est résolu dans les pays étrangers qui possèdent des juridictions administratives, notamment dans le plus grand d'entre eux, l'Allemagne, dont le droit entretient avec le droit français des rapports si originaux qu'on a pu tantôt affirmer, tantôt contester leur irréductibilité (1).

§ 2. — Le problème en droit allemand.

Les premiers tribunaux administratifs sont apparus en Bade, en 1863. C'est seulement après 1871 qu'ils ont été institués dans toute l'Allemagne. Encore ne le furent-ils que dans le cadre des Länder, seuls compétents pour légiférer en matière administrative.

Pendant les deux premiers tiers du XIX^e siècle, l'Allemagne avait hésité entre les diverses formes de contrôle de l'administration.

Au début du XIX^e siècle, elle hésitait entre le système dit de l'Etat de police (Polizeistaat) dans lequel les autorités supérieures appartenant à l'administration active expédient les affaires administratives contentieuses, et le système dit de l'Etat judiciaire (Justizstaat) dans lequel les tribunaux ordinaires sont juges du contentieux administratif.

Le premier système était celui de la quasi-totalité de l'Allemagne, le second celui de la seule Hesse électorale (1). L'opinion publique libérale était alors d'autant plus favorable à ce dernier, que le premier n'évoluait pas vers un système juridictionnel comme en France.

(1) Voir J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, 1954-1955, polycopié, pp. 143 à 145.

(1 bis) JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., 1931, p. 91.

Lors du mouvement de 1848, cette opinion eut l'occasion de s'exprimer dans le § 182 du projet de Constitution de Francfort tendant à créer un nouvel Empire allemand : « L'exercice de la justice par l'administration doit cesser; toutes les violations de droit doivent être jugées par les tribunaux » (entendez les tribunaux ordinaires). Les trois villes hanséatiques, particulièrement perméables à l'influence anglaise, Hambourg, Brême et Lübeck se rallièrent au système de l'Etat judiciaire (Justizstaat) et confièrent l'ensemble du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires (2).

Mais les autres pays d'Allemagne n'osèrent pas aller aussi loin. Ils se contentèrent seulement d'accroître les attributions des tribunaux ordinaires à l'égard de l'administration; ce furent les lois dites d'élargissement de la voie judiciaire (Rechtswegeseiterweiterungsgesetze) (3).

Cependant, le libéralisme gagnait de plus en plus l'Allemagne. Bientôt le système de l'administration juge et partie apparut intolérable et désuet. Mais, en même temps, une partie des libéraux allemands cessèrent de réclamer que l'administration soit contrôlée par les juges ordinaires et ils admirent que son contrôle par des juges spécialisés pût présenter certains avantages. Cette thèse fut, en particulier, défendue avec éclat par Rudolf von Gneists, tant dans ses ouvrages scientifiques que devant le Parlement de Prusse auquel il appartenait (4). Les libéraux, qui restaient fidèles à l'idéal de l'Etat judiciaire doutèrent eux-mêmes de plus en plus du bien-fondé de leur opinion et leur chef de file, Otto Bähr semble avoir admis la légitimité de juridictions administratives spéciales, du moins aux échelons inférieurs et moyens (5).

Le duché de Bade fut le premier Etat allemand à créer une Cour de justice administrative (Verwaltungsgerichtshof) (1863). Son exemple ne fut pas tout d'abord suivi, car les luttes politiques autour de l'unification allemande reléguèrent ce problème au second plan.

C'est seulement après la fondation de l'Empire allemand en 1871, que l'on s'en préoccupa de nouveau. En 1875, le plus grand Etat d'Allemagne, la Prusse, créa des tribunaux administratifs dans ses diverses provinces et installa un tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht) à Berlin. L'exemple fut bientôt suivi par la Hesse, le Wurtemberg et la Bavière. Dès 1880, presque toute l'Allemagne s'était ralliée au système de la juridiction administrative.

(2) JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., 1931, p. 91.

(3) FLEINER, trad. EISENMANN, *Les principes généraux du droit allemand*, 1933, p. 151.

(4) Ses ouvrages les plus célèbres sont : *Verwaltung, Justiz und Rechtsweg*, 1869; *Der Rechtsstaat*, 1872, 2^e éd., 1879.

(5) Voir les passages d'OTTO BAEHR, cités par JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., 1931, pp. 91 et 92.

Cependant, ces diverses juridictions étaient bien différentes de la juridiction administrative française, non seulement dans leur organisation, mais encore par la délimitation de leur domaine de compétence. En effet, nulle part, leur compétence ne s'étendait à la totalité des litiges de droit administratif. Partout, elle était limitée de façon plus ou moins étroite : dans certaines parties de l'Allemagne, notamment la Bavière, elle l'était aux cas énumérés par la loi : dans d'autres notamment la Prusse, elle était limitée aux recours en annulation dirigés contre les mesures de police et à certains autres cas. Seule la législation du Wurtemberg se montrait un peu plus libérale, puisqu'elle admettait en principe les recours contre toutes les décisions administratives (6).

A cette époque, le problème de la répartition des compétences ne se posait donc pas dans les mêmes termes qu'en France. Ici, il s'identifiait déjà au problème de la délimitation des domaines respectifs du droit public et du droit privé. Là-bas, les deux problèmes demeuraient dans une large mesure distincts. Sans doute, le problème de l'applicabilité du droit privé à l'administration se posait déjà aux tribunaux civils dans toute son ampleur ; encore faut-il noter qu'il était un peu faussé par le déséquilibre existant entre les deux ordres de juridictions. Mais le problème du domaine d'application du droit public ne se posait pas encore vraiment aux tribunaux administratifs : les limites de leur compétence étaient alors principalement celles que la loi leur assignait.

L'avènement de la République ne devait pas apporter de changements considérables. Certes, dans l'article 167 de la Constitution de Weimar, il était écrit : « Dans l'Empire (Reich) et dans les Länder, les tribunaux administratifs institués par la loi doivent protéger l'individu contre les injonctions et les décisions des autorités administratives. » Mais cette disposition n'entraîna aucune réorganisation d'ensemble des juridictions administratives. Cependant, elle incita les villes de Hambourg et de Brême à abandonner le système de l'Etat judiciaire (Justizstaat) et à créer des juridictions administratives. Conformément à leur libéralisme traditionnel, ces villes leur accordèrent un statut identique à celui des tribunaux ordinaires et, surtout, elles leur confièrent la charge de juger tous les litiges de droit administratif quels qu'ils soient. Ainsi, pour la première fois, le problème de la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux civils s'identifiait à celui de la délimitation des domaines respectifs du droit public et du droit privé.

(6) Ces différents régimes sont exposés en détail au chapitre III, section 1^{re}, pp. 70 à 73.

Après 1945, les juridictions administratives, qui avaient été pratiquement supprimées par le régime national-socialiste, sont réinstallées, puis réorganisées de fond en comble, sous l'impulsion des autorités d'occupation qui y voient une institution protectrice de l'individu contre la toute-puissance de l'Etat. La réorganisation rappelle beaucoup la législation hanséatique des années 1920. Comme dans celle-ci, les tribunaux administratifs reçoivent une organisation et un statut qui les rapprochent considérablement des tribunaux ordinaires. De même, ils reçoivent compétence générale pour trancher tous les litiges de droit public qui ne sont pas d'ordre constitutionnel. Seuls leur échappent les litiges portant sur la responsabilité publique de l'Etat qui relèvent traditionnellement des juridictions ordinaires. Désormais, dans toute l'Allemagne occidentale, la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux civils repose sur la distinction des droits public et privé.

Or, cette distinction constitue traditionnellement la base de tout l'édifice juridique allemand. L'apparition de trois nouveaux ordres de juridictions pleinement autonomes, les tribunaux du travail, les tribunaux sociaux et les tribunaux financiers, ne l'a pas détruite. L'ordre juridique allemand comprend toujours deux droits autonomes : le droit privé et le droit public, et non pas cinq droits, qui seraient : le droit civil, le droit du travail, le droit administratif, le droit social et le droit financier. En effet, de l'aveu même de la loi, les litiges relevant des tribunaux du travail sont des « litiges civils » (*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*) et ceux relevant des tribunaux sociaux des « litiges de droit public » (*öffentlichrechtliche Rechtsstreitigkeiten*). Quant aux tribunaux financiers, leur juridiction suprême, la Cour fédérale des Finances (*Bundesfinanzhof*), a affirmé elle-même, dans un avis du 17 avril 1951, que les tribunaux financiers devaient être considérés comme des juridictions administratives d'attribution (7).

Par des voies originales, le droit allemand est donc parvenu à un système juridictionnel très voisin de celui du droit français. En France et en Allemagne, il existe deux ordres de juridictions de droit commun et la répartition des litiges entre eux correspond à la délimitation des domaines respectifs du droit privé et du droit public. Ainsi est-il légitime de voir dans ce problème de partage de compétences un problème fondamental commun aux droits français et allemand et est-il opportun de comparer les solutions qu'ils lui ont apportées.

(7) Cette argumentation est reprise au chapitre I^{er}, section III, p. 39.

SECTION II

MÉTHODE ET PLAN ADOPTÉS

Les droits français et allemand ont donc en commun un problème fondamental, celui de la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux civils. Les solutions françaises sont bien connues des juristes français et seule l'étude des solutions allemandes retiendra notre attention. Cependant, nous utiliserons largement les éléments du droit français afin de situer exactement les solutions allemandes par rapport aux solutions françaises. C'est en ce sens et dans cette mesure que notre étude représente un essai de droit comparé.

La méthode comparative que nous avons appliquée ne consiste pas à mener en parallèle deux études, celle du droit français et celle du droit allemand. Les solutions françaises ne sont exposées qu'en vue de faciliter (parfois même de rendre possible) la compréhension des solutions allemandes. Le droit allemand est l'objet principal de notre étude ; le droit français est simplement le droit de référence ; la comparaison est asymétrique. Ainsi la méthode comparative n'est, pour nous, qu'un procédé d'éclairage permettant de mettre en lumière l'originalité ou le manque de particularisme du droit allemand par rapport au droit français. Elle permet de concentrer l'effort de comparaison sur les points jugés décisifs.

Encore faut-il que cette méthode soit applicable. En effet, on ne peut comparer que des objets ayant quelque chose de commun. Certes, lorsque les institutions de deux droits sont considérées dans leur ensemble, elles présentent toujours quelques points communs. Mais lorsqu'elles sont analysées dans le détail, elles n'en présentent que si les deux droits auxquels elles appartiennent sont proches l'un de l'autre.

Les droits français et allemand remplissent-ils cette condition ?

En ce qui touche le droit civil, l'Allemagne est fidèle à la méthode purement « juridique » (rein juristische Methode) qui est héritée de Rome et qui est fondée sur l'utilisation des classifications et des notions générales. Comme en France, les solutions du droit positif sont issues de la fusion d'éléments romains et d'éléments germaniques.

En ce qui touche le droit administratif, l'Allemagne s'est ralliée à la méthode purement juridique plus tardivement que la France. Le mérite de ce ralliement revient d'ailleurs à Otto Mayer, auteur allemand de la fin du xix^e siècle. Notaire, puis professeur à la Faculté de Strasbourg à l'époque de l'annexion allemande, Otto Mayer eut

l'occasion de se familiariser avec le droit administratif français et plus particulièrement avec sa méthode. Lorsqu'il écrivit son magistral traité de droit administratif allemand, il l'introduisit en Allemagne (8).

De même, en ce qui touche les notions fondamentales du droit administratif, Otto Mayer a joué un rôle déterminant dans le rapprochement des deux droits. En effet, il a emprunté au droit français plusieurs de ses concepts. Sans doute ceux-ci ont été souvent profondément remaniés ; néanmoins ils continuent à présenter suffisamment de points communs avec les notions françaises pour que la comparaison puisse être menée sur le plan analytique.

Ce n'est donc qu'exceptionnellement, c'est-à-dire lorsqu'une institution ne présentera aucune parenté avec les institutions françaises, qu'elle sera analysée sans référence au droit français et que la comparaison ne sera effectuée qu'au niveau des vues d'ensemble.

C'est selon ces méthodes que nous étudierons la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs en droit allemand. Cette étude nous amènera tout d'abord à décrire l'organisation juridictionnelle allemande qui représente le cadre dans lequel se pose notre problème (1^{re} partie). Elle nous conduira ensuite à rechercher le principe qui domine la répartition des compétences entre les deux juridictions traditionnelles et à analyser les diverses règles qui y dérogent (2^e partie). Enfin, nous porterons notre attention sur les solutions que la jurisprudence allemande a imaginées pour mettre en œuvre le principe dominant de la répartition des compétences (3^e partie).

(8) MAYER (Otto), *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3 éditions allemandes : 1895, 1914 et 1924, 1 édition française (par l'auteur) : 1903. Noter que l'éminent auteur a écrit un ouvrage de droit administratif français : *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, avant d'écrire son traité de droit administratif allemand.

PREMIÈRE PARTIE

**L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE
ALLEMANDE**

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERS ORDRES DE JURIDICTIONS

L'organisation juridictionnelle allemande est devenue progressivement de plus en plus complexe. Avant 1871, elle ne comprenait qu'un seul ordre de juridictions : les tribunaux ordinaires. Après 1871, un second ordre de juridictions a été institué : les tribunaux administratifs. En 1919, d'autres types de juridictions sont apparus : les tribunaux constitutionnels et diverses juridictions civiles et administratives d'attribution.

En 1949, la Loi fondamentale (Grundgesetz) a consacré cet éclatement de l'ancienne organisation judiciaire. Outre les juridictions constitutionnelles, cinq ordres de juridictions ont été créés. Chacun d'eux est autonome et se trouve placé sous l'autorité d'une juridiction suprême qui lui est propre : au sommet de la hiérarchie, on trouve ainsi cinq tribunaux fédéraux supérieurs (obere Bundesgerichte). Sans doute, un Tribunal fédéral suprême (Oberstes Bundesgericht) doit connaître des problèmes « dont la décision serait d'une importance fondamentale pour l'unité de la jurisprudence des tribunaux fédéraux supérieurs (obere Bundesgerichte) » (1). Mais il n'a pas encore été institué et de toute façon son rôle serait limité (2).

(1) Article 95, alinéa 2 de la Loi fondamentale (Grundgesetz).

(2) Il semble que le gouvernement hésite entre deux formules, celle d'un tribunal arbitral composé de juges appartenant aux cinq juridictions suprêmes et celle d'un tribunal ayant ses propres magistrats.

L'institution de cinq ordres de juridictions conduit à une spécialisation technique très poussée des tribunaux. A chacun des ordres, la Loi fondamentale (Grundgesetz) confie l'exercice respectif de « la justice ordinaire, la justice administrative, la justice financière, la justice du travail et la justice sociale » (3). Malgré les apparences, la répartition des compétences entre eux est très inégale : tandis que les tribunaux civils et les tribunaux administratifs sont des juridictions à compétence générale (4), les tribunaux du travail, les tribunaux sociaux et les tribunaux financiers ne sont que des juridictions d'attribution. C'est pourquoi l'organisation des juridictions civiles et administratives sera étudiée plus longuement que celle des autres juridictions.

SECTION PREMIÈRE

LES TRIBUNAUX CIVILS (ZIVILGERICHTE)

BIBLIOGRAPHIE : ROSENBERG (Leo), *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 6 éd., 1954 ; l'auteur est professeur à l'Université de Munich ; une 7^e édition a paru en 1957, mais ne comporte pas d'importantes modifications.

Le statut actuel des tribunaux civils (Zivilgerichte) ou ordinaires (ordentliche Gerichte) ne date que de la fondation du nouvel Empire allemand (1871).

Cependant, comme en France, les grands principes d'organisation judiciaire ont été acquis dès le début du XIX^e siècle (5), notamment celui de la spécialisation des autorités judiciaires dans l'exercice de la justice et celui de non-immixtion du pouvoir exécutif. De plus, pendant la première moitié du XIX^e siècle, les tribunaux ordinaires ont fait l'objet de nombreuses réformes (6), en particulier en Prusse ;

(3) Article 96, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale (Grundgesetz).

(4) Le bien-fondé de cette affirmation est longuement démontré au chapitre III, p. 73.

(5) Ces indications historiques sont empruntées au remarquable traité de droit administratif du professeur FORSTHOFF (E.) de Heidelberg : *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I. Band Allgemeiner Teil, 6^e édition 1956 (abréviation : FORSTHOFF I, 6^e éd.), pp. 26 et 27. Sur le principe de non-immixtion, voir plus spécialement le traité de droit administratif de JELLINEK (Walter), fils de Georg JELLINEK, professeur de droit public à l'Université de Heidelberg, décédé il y a quelques années : *Verwaltungsrecht*, 3^e édition, 1931, pp. 85 à 87. Voir aussi le traité de droit administratif allemand de Otto MAYER, édition française 1903, p. 47.

(6) Voir ROSENBERG (Leo), 6^e éd., 1954, pp. 16 et 17.

leur organisation est parvenue ainsi à une grande perfection technique dès les années 1830-1860.

Lorsque l'Empire allemand a été fondé en 1871, les Etats allemands ont renoncé à leur compétence législative en matière de droit privé, de procédure civile et d'organisation judiciaire ; ils ont ainsi permis à l'Empire (Reich) de donner aux tribunaux civils une organisation uniforme. Trois lois sur la justice d'Empire (Reichsjustizgesetze) ont été promulguées en 1877 : la loi d'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz), le code de procédure civile (Zivilprozessordnung) et le code de procédure pénale (Strafprozessordnung) (7).

Depuis cette date, l'organisation judiciaire allemande a peu changé. Entre 1945 et 1949, les Länder avaient recouvré leur pleine souveraineté législative et certains en avaient usé pour édicter des règles dérogatoires au droit commun. Mais une loi fédérale du 12 septembre 1949 a abrogé celles-ci et rétabli l'unité du droit allemand (8).

Nous exposerons successivement la structure de la juridiction civile et le statut des juges civils.

§ 1. — La hiérarchie des tribunaux civils.

Comme en droit français, cette hiérarchie comprend des juridictions du premier et du second degré et une juridiction suprême.

De plus, pour les procès de faible importance, une juridiction d'exception a été instituée. Son nom est Amtsgericht (9) (tribunal cantonal). Elle est constituée par un juge unique. Elle peut trancher, à charge d'appel, les litiges patrimoniaux d'un montant inférieur à 1.000 DM (1.000 NF). C'est une juridiction très voisine du tribunal d'instance français.

I. — LES JURIDICTIONS DU PREMIER ET DU SECOND DEGRÉ.

La juridiction qui est compétente en premier ressort s'appelle « Landgericht » (10), c'est-à-dire tribunal de Land ; pour éviter toute équivoque, il est préférable de traduire l'expression allemande par tribunal civil. Il se compose de plusieurs chambres civiles et péna-

(7) Les abréviations sont respectivement : GVG, ZPO, et StPO.

(8) Cette loi s'appelle : Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts (abréviation : R. Einh. G.) et a été publiée dans la *Bundesgesetzblatt* (B G Bl.) de 1949, p. 455.

(9) Abréviation : A G.

(10) Abréviation : L G.

les (11). Dans les places importantes de commerce, il est institué des chambres pour les affaires commerciales (12). Pour qu'une chambre rende valablement la justice, elle doit comprendre au moins trois juges.

La juridiction qui peut être saisie en appel s'appelle « *Oberlandesgericht* » (13), c'est-à-dire tribunal supérieur de Land ; pour éviter également toute confusion, il est préférable de traduire l'expression allemande par tribunal civil supérieur. Comme la cour d'appel française, ce tribunal est composé de plusieurs chambres civiles et pénales (14). Pour délibérer valablement, chaque chambre doit siéger avec au moins trois juges (cinq en France).

II. — LES JURIDICTIONS DE RÉVISION.

En Allemagne comme en France, les juridictions suprêmes ont pour mission de prévenir la diversité des jurisprudences et de maintenir l'unité du droit. Dans les deux pays, elles contrôlent la régularité et la légalité des jugements et elles ne sanctionnent que les violations de la loi contenues dans les décisions : elles sont juges du droit et non du fait. Mais les pouvoirs de décision reconnus aux juridictions suprêmes ne sont pas les mêmes. En France, la Cour suprême ne statue jamais au fond ; elle annule seulement le jugement qui viole la loi et ne peut substituer sa propre décision ; elle doit renvoyer le fond des affaires à une juridiction du même rang et elle ne peut même pas lui imposer sa doctrine, du moins au premier renvoi. En un mot, la juridiction suprême est une cour de cassation. En Allemagne, au contraire, les juridictions suprêmes peuvent statuer au fond ; après avoir annulé le jugement, elles peuvent substituer leur propre décision. C'est pourquoi elles sont appelées juridictions de révision (*Revisionsgerichte*). Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée, elles renvoient l'affaire à la juridiction censurée elle-même, qui doit statuer et adopter la doctrine de la décision de cassation. Ainsi, même lorsqu'il y a simple cassation, les juridictions suprêmes ont plus de pouvoir en Allemagne qu'en France (15).

(11) *Zivilkammern und Strafkammern*.

(12) *Kammern für Handelssachen*.

(13) Abréviation : *O L G*.

(14) *Zivilsenate und Strafsenate*.

(15) Voir ROSENBERG, 6^e éd., pp. 656 à 676, notamment pp. 675 et 676. Selon le § 565 du Code de procédure civile (Z P O), le renvoi à la juridiction d'appel est le principe et le jugement au fond est l'exception ; mais celle-ci est entendue assez largement. Citons : « La juridiction de révision doit néanmoins statuer au fond : 1^o lorsque la cassation du jugement est fondée sur la fausse application de la loi aux faits de la cause et lorsque l'affaire est en état d'être jugée ; 2^o lorsque la cassation du jugement est fondée sur l'incompétence du tribunal saisi ou sur

Le principe fédéral voudrait qu'il y ait deux sortes de juridictions de révision : d'une part, des juridictions assurant l'unité d'application et d'interprétation du droit des Länder ; d'autre part, une juridiction fédérale assurant l'unité d'application et d'interprétation du droit fédéral. Mais le droit privé allemand a fait l'objet d'importantes codifications impériales (fédérales) au début de ce siècle (16) et les règles du droit privé propres à un Land sont assez rares. C'est pourquoi la plupart des Länder n'ont pas organisé de juridiction de révision, comme le permet la loi d'application de la loi d'organisation judiciaire (17). Seule, la Bavière, fidèle à ses traditions autonomistes, en possède une : le Bayerisches Oberstes Landesgericht ou Tribunal suprême bavarois (18).

Pour juger les pourvois en révision pour violation du droit fédéral (19) (autrefois impérial), il existe une juridiction fédérale unique ; elle s'appelait autrefois Reichsgericht c'est-à-dire Tribunal d'Empire ; depuis 1945, elle s'appelle Bundesgerichtshof, c'est-à-dire Cour fédérale (20) et siège à Karlsruhe (Bade-Wurtemberg). Elle est composée de plusieurs chambres civiles ou répressives ; chacune délibère composée de cinq juges. Les affaires délicates sont tranchées par des formations plus nombreuses : ce sont la Grande Chambre civile et la Grande Chambre pénale composée chacune de neuf membres. Dans certains cas, elles doivent délibérer ensemble (21).

Comme en droit français, le pouvoir en révision est assez largement ouvert. Il est possible dans trois hypothèses : 1. Lorsque le montant du litige dépasse 6.000 DM (6.000 NF.) ; 2. Lorsque le tribunal civil supérieur (Oberlandesgericht) l'a déclaré recevable contre son jugement parce qu'il concerne une importante question de droit ou parce qu'il est contraire aux décisions antérieures de la juridiction suprême ; 3. Lorsque la répartition des compétences entre les juridictions administratives et les tribunaux civils est en cause (22).

l'incompétence des tribunaux civils en général.» La différence entre les juridictions suprêmes de nos deux pays est donc assez grande et elle se traduit par l'opposition des terminologies (cassation et révision).

(16) Principalement le Code civil allemand et le Code commercial allemand, qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1900 ; en allemand, Bürgerliches Gesetzbuch (B G B.) et Handelsgesetzbuch (H G B.).

(17) §§ 8 à 10 Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (EinfG.z. G V G.).

(18) Loi bavaroise du 15-11-1950 (G V O Bl. p. 215) modifiée par celle du 23.11.1953 (G V O Bl. p. 191).

(19) Ou d'une loi dont le champ d'application est plus grand que le ressort du tribunal civil supérieur.

(20) Abréviations respectives : R G. et B G H.

(21) En allemand : Zivilsenat und Strafsenate; Grosser Senat für Zivilsachen und Grosser Senat für Strafsachen; Vereinigten Grossen Senate.

(22) Voir ROSENBERG, 6^e éd., p. 657 et 660 et les §§ 546 et 547 Z P O.

§ 2. — Le statut des juges civils.

En droit allemand comme en droit français, tous les juges civils sont des magistrats de carrière, c'est-à-dire des juges fonctionnaires possédant certains titres universitaires. Seuls les deux juges assesseurs de la Chambre commerciale du tribunal civil (Landgericht) sont des commerçants désignés pour trois ans. Pour que les magistrats soient pleinement indépendants, il ne suffit pas qu'ils échappent à toute subordination hiérarchique (23) ; il faut surtout qu'ils bénéficient d'un certain nombre de garanties personnelles.

En ce qui concerne la nomination des juges, il convient de distinguer entre les juges fédéraux (Bundesrichter), c'est-à-dire les membres de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof), et les juges des divers Länder, c'est-à-dire les membres des juridictions du premier et du second degré.

Les juges fédéraux sont nommés par une commission de désignation des juges (Richterauswahlausschuss) dont la composition est assez proche de celle de notre ancien Conseil de la Magistrature : elle est composée pour moitié des ministres de la Justice de la Fédération (Bund) et des divers Länder, et pour moitié, de membres élus à la proportionnelle par la chambre basse du Parlement fédéral, le Bundestag (24). Ce système ne semble pas avoir soulevé en Allemagne d'aussi vives critiques qu'en France.

Quant aux juges des Länder, ils sont nommés purement et simplement par le ministre de la Justice compétent. Cependant, la Hesse et Brême ont adopté un système analogue au système fédéral.

En ce qui concerne le statut disciplinaire, les juges civils sont inamovibles et irrévocables ; ils sont même nommés à vie, contrairement aux juges français (25).

Même si l'organisation des tribunaux civils n'est pas parfaite, elle ne représente pas moins l'idéal auquel la juridiction administrative a longtemps tendu et qu'elle n'a atteint que très récemment.

(23) § 1 de la loi d'organisation judiciaire (Gerichtverfassungsgesetz) : « Le pouvoir judiciaire est exercé par des tribunaux indépendants, qui ne sont soumis qu'à la loi. »

(24) Voir ROSENBERG, 6^e éd., pp. 85 et le § 125 G V G.

(25) Voir ROSENBERG, 6^e éd., pp. 82 à 87 et les §§ 2, 6 et 8 de la loi d'organisation judiciaire (G V G). Voir aussi l'article 97, alinéa 2 de la Loi fondamentale, applicable aux juges nommés à vie : « Les juges nommés à titre principal et définitif ne peuvent pas, contre leur gré, être congédiés avant l'expiration de leur temps de service, ni être privés de leurs fonctions de façon permanente ou temporaire, ni être mutés à un autre poste, ni mis à la retraite, sans qu'aucune décision juridictionnelle n'intervienne pour les raisons et dans les formes déterminées par la loi. »

SECTION II

LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS (VERWALTUNGSGERICHTE)

BIBLIOGRAPHIE : 1° relative aux tribunaux administratifs antérieurs à 1945 : FLEINER (F.), traduction par le professeur Ch. EISENMANN, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, pp. 149 à 161. — JELLINEK (W.), *Verwaltungsrecht*, 3° éd., 1931, pp. 92 et 98. — FORSTHOFF (E.), *Verwaltungsrecht*, I, 6° éd., 1936, pp. 446 à 460. — 2° relative aux tribunaux administratifs postérieurs à 1945 : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6° éd., pp. 461 à 468. — VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3° éd., pp. 204 à 206.

En France, la juridiction administrative est issue d'une longue évolution : les conseils administratifs napoléoniens se sont transformés peu à peu en véritables tribunaux administratifs.

En Allemagne, les origines ont été très différentes. C'est le souci de ne pas laisser sans juge certains litiges administratifs qui a conduit les Etats allemands à adopter après 1871 le principe de la juridiction administrative. Mais la législation qui a organisé alors les tribunaux administratifs a vieilli assez vite et après 1945, la matière a dû être remaniée de fond en comble. C'est pourquoi l'organisation actuelle des tribunaux administratifs est très différente de l'organisation antérieure. On ne retrouve pas la continuité qui caractérise si fortement la juridiction administrative française.

§ 1. — L'organisation antérieure à 1945.

I. — DANS LE DROIT D'EMPIRE (REICHSRECHT).

Lorsque l'Empire allemand a été créé en 1871, les Etats allemands ont conservé leur souveraineté en matière de droit public et d'administration. C'est pourquoi les nouveaux tribunaux administratifs ne furent pas créés par des lois d'Empire. De plus, ils ne furent pas coiffés par un tribunal suprême qui aurait été l'égal du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) : cela a été leur grande faiblesse. Un système aussi décentralisé contrastait alors vivement avec le système français où la juridiction administrative s'identifiait pratiquement à un tribunal unique pour toute la France : le Conseil d'Etat.

Cette situation ne s'est pas modifiée après 1919. Pourtant, la Constitution de Weimar avait reconnu expressément à l'Empire

(Reich) le droit et le devoir d'instituer un tribunal administratif suprême, mais la disposition est demeurée lettre morte (1).

Les seules juridictions administratives d'Empire étaient alors des juridictions d'attribution relatives aux diverses administrations d'Empire : Cour des Finances d'Empire (Reichsfinanzhof) (1919), Tribunal économique d'Empire (Reichswirtschaftsgericht) (1920), Commission des assurances sociales d'Empire (Reichsversicherungsamt) (1922), etc.

II. — DANS LE DROIT DES DIVERS ETATS (LAENDER).

La plupart des Etats (Länder), notamment la Prusse et la Bavière qui représentaient à eux deux les trois quarts de l'Allemagne, avaient adopté le système suivant : la hiérarchie des tribunaux administratifs comprenait deux degrés de juridictions et une juridiction de révision.

Mais, en première instance et en appel, les litiges administratifs étaient jugés par les autorités administratives faisant fonction de tribunaux administratifs et opérant selon une procédure spéciale, la procédure contentieuse administrative. En Bavière et en Saxe, c'étaient les organes normaux de l'administration qui en étaient chargés. En Prusse, en Bade et en Hesse, cette mission était confiée à des collègues de fonctionnaires à titre honorifique, c'est-à-dire à des particuliers nommés à titre temporaire par l'administration et présidés par l'administrateur de la circonscription correspondante au ressort de la juridiction. Détail significatif : lorsque le président n'était pas parvenu à imposer sa façon de voir, il pouvait attaquer lui-même le jugement rendu sous sa présidence en interjetant appel ou en introduisant un recours en révision !

Seule, la juridiction de révision était « un véritable tribunal administratif » (Drews) (2) ; c'est ainsi que les tribunaux administratifs supérieurs (Oberverwaltungsgerichte) de Prusse, de Bavière, de Hesse, de Saxe et de Bade étaient composés exclusivement de juges nommés à vie. Contrairement au Conseil d'Etat, ils rendaient exclusivement la justice et n'exerçaient aucune fonction consultative. La jurisprudence de ces tribunaux est considérée aujourd'hui encore comme très remarquable. Malheureusement, ils n'avaient que des pouvoirs de

(1) A vrai dire, le « III^e Empire », celui des nazis, créa en 1941 un Tribunal administratif d'Empire, mais celui-ci était la simple fusion du Tribunal supérieur de Prusse, de la Cour administrative de Vienne et de plusieurs tribunaux administratifs spéciaux d'Empire.

(2) Citation déjà utilisée par FLEINER, trad. EISENMANN, p. 158.

révision, alors que le Conseil d'Etat était tout à la fois juge en premier ressort de droit commun et juge d'appel des conseils de préfecture.

Quelques Etats (Länder), en particulier le Wurtemberg, Brême et Lübeck avaient adopté un système qui pouvait être regardé comme une variante du précédent. Les différences étaient les suivantes : les recours devant les autorités administratives n'étaient pas juridictionnalisés et demeuraient purement administratifs; en revanche, le « véritable » tribunal administratif n'était pas simplement juge de révision, mais juge en premier et dernier ressort. Ce système était ainsi plus proche du système français. Il en différait cependant encore pour la raison suivante : le tribunal administratif n'exerçait aucune fonction consultative, il était exclusivement un organe juridictionnel.

D'ailleurs, dès cette époque, l'idéal des spécialistes du droit administratif était de parvenir à une organisation des tribunaux administratifs qui fût en tous points identique à celle des tribunaux civils. Le particularisme de la juridiction administrative n'a jamais été ressenti comme un avantage : les Allemands y ont toujours vu une infériorité, probablement parce que la juridiction administrative n'est pas une institution issue d'une longue tradition comme en France. Bien au contraire, ils citaient en exemple la législation de Hambourg qui avait organisé en 1922 ses tribunaux administratifs sur le modèle judiciaire (3). De fait, l'avenir lui appartenait.

§ 2. — La réforme de 1945.

Après l'effondrement du régime nazi qui avait pratiquement réduit à l'inactivité les juridictions administratives, le problème de leur réorganisation s'est posé. Les trois puissances occidentales y virent à juste titre une institution capable de protéger efficacement l'individu contre l'Etat. C'est pourquoi elles les rétablirent rapidement et s'employèrent à les améliorer. Une fois que le régime d'occupation eut pris fin, les législateurs allemands achevèrent le travail commencé. Ces circonstances historiques expliquent que le droit relatif aux tribunaux administratifs demeure aussi morcelé qu'autrefois.

(3) Ceux-ci étaient d'ailleurs étroitement liés aux tribunaux civils.

I. — LES DIVERSES RÉFORMES DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET LE MORCELLEMENT DU DROIT.

A. — *Les diverses réformes.*

Nous distinguons celles qui ont été effectuées avant la création de la République fédérale et celles qui ont été effectuées depuis.

a) *Les réformes effectuées avant la création de la République fédérale.*

A cette époque, l'impulsion des trois autorités d'occupation est déterminante.

Les autorités américaines firent accepter dès le 6 août 1946 par le Conseil des Länder d'Allemagne du Sud un projet comportant d'importantes innovations; celui-ci fut promulgué peu après dans les diverses provinces de la zone américaine : le Wurtemberg-Bade, la Bavière, la Hesse et même Brême (4). Le projet avait été rédigé au cours de l'hiver 1945-1946 par un certain nombre de juristes allemands sous la présidence de Walter Jellinek, professeur de droit public à l'Université de Heidelberg. Le texte est habituellement appelé : loi sur les tribunaux administratifs ou loi sud-allemande sur les tribunaux administratifs (5).

Les autorités britanniques procédèrent en deux temps. D'avril à août 1946, elles rétablirent les anciens tribunaux administratifs. Puis, au cours de l'hiver 1946-1947, une commission de juristes allemands fut créée auprès de la Legal Division à Herford. Le projet qu'elle proposa était très proche de celui de Heidelberg, mais il se heurta au veto anglais, parce qu'il prévoyait un tribunal administratif de révision commun aux quatre provinces de la zone anglaise. Après quelques hésitations, les autorités anglaises promulguèrent le 15 septembre 1948 une ordonnance portant le n° 165 et reprenant l'essentiel

(4) Les quatre textes ainsi promulgués différaient d'ailleurs légèrement entre eux; des lois ultérieures ont accentué sensiblement les divergences de rédaction. Références officielles : Bavière, loi n° 39 du 25 septembre 1946, G V Bl. p. 281, modifiée le 30 septembre 1949, G V Bl. p. 258. — Wurtemberg-Bade, loi n° 110 du 16 octobre 1946, Reg. Bl. p. 221. — Hesse, loi du 31 octobre 1946, G V Bl. p. 194, modifiée le 30 juin 1949, G V Bl. p. 137. — Brême, loi du 5 août 1947 G Bl. p. 171. — Références pratiques : SARTORIUS, 20^e éd., Anhang 8. — FORSTHOFF, *Gesetzessammlung* B. 3. — Noter que le Wurtemberg-Bade a été absorbé par le nouveau Land de Bade-Wurtemberg, qui comprend également l'ancien Wurtemberg-Hohenzollern et l'ancien Bade (qui furent sous l'occupation française) et n'est plus régi par la loi sud-allemande.

(5) En allemand : *Verwaltungsgerichtsgesetz* (V G G.) ou *süddeutsches Verwaltungsgerichtsgesetz* (südd. V G G.).

du projet (6) ; le texte est généralement désigné par les expressions suivantes : ordonnance du gouvernement militaire n° 165, ordonnance n° 165, ordonnance sur les tribunaux administratifs ; nous utiliserons l'expression d'ordonnance nord-allemande n° 165 (7).

Quant aux autorités françaises, elles ne témoignèrent pas d'une aussi grande sollicitude pour la juridiction administrative. Elles se contentèrent généralement de rétablir le droit qui était applicable à la date du 30 janvier 1933, et d'y apporter quelques améliorations, notamment dans le domaine de la définition des compétences.

Ainsi, par un paradoxe imprévu, les Anglais qui ignorent chez eux la juridiction administrative en ont organisé une en Allemagne, tandis que la France, véritable patrie de la juridiction administrative, n'a pas cherché à introduire ses institutions en pays occupé.

b) *Les réformes effectuées depuis la création de la République fédérale.*

Les efforts des législateurs allemands se portèrent tout naturellement là où les réformes n'avaient pas encore été faites, c'est-à-dire dans l'ancienne zone française et sur le plan fédéral.

Dans l'ancienne zone française, deux lois nouvelles se sont substituées aux réglementations anciennes : la loi du 14 avril 1950 relative aux tribunaux administratifs de Rhénanie-Palatinat (8) et la loi du 12 mai 1958 relative aux tribunaux administratifs du Bade-Wurtemberg (9).

C'est surtout dans le cadre fédéral que s'est produit un événement législatif important : par la loi du 23 septembre 1952, un Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a été institué (10). Pour la première fois, un tribunal administratif suprême commun à toute l'Allemagne était créé.

(6) Références officielles : *Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet*, Nr. 24 p. 799 et *Verordnungsblatt für die britische Zone* 1948, p. 263. — Références pratiques : SARTORIUS, 20^e éd., Anhang 7 ; FORSTHOFF, *Gesetzessammlung*, B.2.

(7) En allemand : *Militärregierungsverordnung Nr. 165* (M R V O. Nr 165), *Verordnung Nr 165* (V O. Nr 165), *Verwaltungsgerichtsverordnung* (V G V O) et *Norddeutsche Verordnung Nr 165* (nordd. V O. 165).

(8) La loi s'appelle en allemand : *Verwaltungsgerichtsgesetz Rheinland-Pfalz* (V G G. RhPf). Référence officielle : (Rh.Pf.) G V Bl. p. 103.

(9) La loi s'appelle en allemand : *Verwaltungsgerichtsgesetz Baden-Württemberg* (V G G. Bad.-Württ.). Référence officielle : (Bad.Württ.) G Bl. 1958, Nr 13, p. 131.

(10) La loi s'appelle en allemand : *Bundesverwaltungsgerichtsgesetz* (B Verw G G.). Référence officielle : B G Bl. I, p. 625 ; références pratiques : SARTORIUS, 20^e éd., 108 et FORSTHOFF, *Gesetzessammlung* B.1.

c) *Réformes effectuées dans les Länder à statut spécial.*

A Berlin, les autorités occidentales ne purent jamais se mettre d'accord sur l'érection de tribunaux administratifs communs à tout le secteur occidental et seules les autorités américaines et anglaises en organisèrent. Depuis que Berlin est au « petit régime d'occupation » (4 mai 1949), la Chambre des députés berlinoise a adopté une loi sur les tribunaux administratifs qui est également très novatrice; elle a été publiée le 8 janvier 1951 (11).

En Sarre, les autorités sarroises promulguèrent le 5 septembre 1951 une loi entièrement nouvelle sur les tribunaux administratifs (12); le rattachement de la Sarre à l'Allemagne n'a pas modifié cet état de droit.

Telles sont les diverses réformes qui sont survenues en Allemagne occidentale depuis 1945; quelles que soient les améliorations intervenues dans l'organisation des tribunaux administratifs, force est bien de constater la multiplicité des sources de droit.

B. — *Le morcellement du droit positif.*

Du fait, notamment, de l'absence de réforme générale applicable à toute l'ancienne zone française, le nombre des réglementations relatives aux tribunaux administratifs, s'élève à sept : six lois de Länder et une loi fédérale. Les six lois sont la loi sud-allemande (südd. V G G.) applicable à la Bavière, à la Hesse et à Brême; l'ordonnance nord-allemande (nordd. V O.) applicable à la Rhénanie-Palatinat, à la Basse-Saxe, au Schleswig-Holstein et à Hambourg; la loi de Rhénanie-Palatinat; la loi du Bade-Wurtemberg; la loi de la Sarre; la loi de Berlin (13). La loi fédérale est la loi qui a créé le Tribunal administratif fédéral.

Tous les spécialistes de droit judiciaire et de droit administratif déplorent un tel état de choses. On devine, en particulier, les complications qui en résultent pour le travail des membres du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht), lorsqu'ils doivent vérifier la régularité de la procédure suivie par un tribunal inférieur ! Il ne fait pas de doute qu'il y a là un élément d'infériorité vis-à-vis des tribunaux civils que nous ne retrouvons pas en France.

Le gouvernement fédéral a cherché à unifier les sources du droit,

(11) La loi s'appelle en allemand : Verwaltungsgerichtsgesetz Berlin (V G G. Berlin). Référence officielle : V O Bl. p. 46.

(12) La loi s'appelle en allemand : Verwaltungsgerichtsgesetz Saarland. Référence : A Bl. p. 1075 (texte bilingue, français et allemand).

(13) Voir la carte n° III *in fine*.

afin de renforcer le prestige des tribunaux administratifs. Il a déposé un projet de codification sur le bureau du Bundesrat (14) ; celui-ci l'a adopté en première lecture le 6 février 1953 et le gouvernement l'a transmis au Bundestag le 15 avril 1953. Depuis cette date, le projet de loi semble s'être quelque peu enlisé ; on peut cependant espérer que le texte sera promulgué au cours de la quatrième législature. Le projet gouvernemental repose sur celui qui a été élaboré par l'association des présidents de tribunaux administratifs en juin 1950 (15). Il n'apporte pas d'innovations importantes, et son principal mérite est d'unifier des réglementations qui, d'ores et déjà, sont très voisines les unes des autres.

En déposant ce projet, le gouvernement fédéral a pris parti sur un problème controversé, celui de la compétence législative de la Fédération (Bund). Il s'en explique ainsi dans les motifs : « Légiférer sur la juridiction administrative fait partie, selon l'opinion dominante, du domaine de compétence concurrente de la Fédération (et des Länder) conformément à l'article 74 chiffre 1^{er} de la Loi fondamentale : « La législation concurrente (konkurrierende) s'étend aux domaines suivants : 1° le droit civil, le droit pénal et l'exécution des peines, l'organisation des juridictions (Gerichtsverfassung), la procédure juridictionnelle (das gerichtliche Verfahren), le statut des avocats, des notaires et des conseillers juridiques..., etc. » Certains juristes avaient mis en doute la compétence de la Fédération, en rappelant que le droit administratif est en principe matière législative des Länder. La plupart avaient observé que les tribunaux administratifs appartiennent au pouvoir judiciaire comme cela résulte clairement de la combinaison des articles 92 et 96 de la Loi fondamentale (16) et qu'ils sont devenus des tribunaux comme les autres, depuis qu'ils ont été réorganisés (17).

II. — LA NOUVELLE ORGANISATION DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS.

Elle est une copie fidèle de celle des tribunaux civils : nous avons vu que tel était l'idéal pour les juristes allemands. Les tribunaux

(14) Voir : *Bundestagdrucksache* Nr 4278, I. Wahlperiode, Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (Verw G O. Entwurf).

(15) Voir NAUMANN, « Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung » in *D V Bl.* 1952, p. 587.

(16) Art. 92. : « Le pouvoir judiciaire est confié aux juges ; il est exercé par le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht), par les tribunaux fédéraux prévus dans cette Loi fondamentale et par les tribunaux des Länder. » — Art. 96 : « Dans les domaines respectifs de la juridiction ordinaire, administrative, financière, du travail et sociale, des tribunaux fédéraux supérieurs (obere Bundesgerichte) seront institués. »

(17) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* I, 6^e éd., 1956, p. 453. Sur l'appartenance des tribunaux administratifs au pouvoir judiciaire, voir p. 34.

administratifs allemands ont donc perdu leur particularisme en se perfectionnant. C'est pourquoi les solutions françaises et allemandes s'opposent assez nettement tant en ce qui concerne la structure et la hiérarchie des tribunaux administratifs qu'en ce qui concerne le recrutement et le statut des juges administratifs.

A. — *La hiérarchie des tribunaux administratifs.*

Depuis la réforme de 1953,, la hiérarchie des tribunaux administratifs français (*stricto sensu*) comporte deux degrés de juridiction comme celle des tribunaux judiciaires, mais ne comporte aucun degré de cassation. Autrement dit, cette hiérarchie comprend des juges en premier ressort et un juge d'appel unique pour toute la France : le Conseil d'Etat. De plus, cette juridiction d'appel des tribunaux administratifs de droit commun est juge en premier et dernier ressort dans certains cas déterminés et elle est juge de cassation de toutes les juridictions administratives spéciales.

En droit allemand, au contraire, la hiérarchie des tribunaux administratifs comporte trois sortes de juridictions : premier degré, second degré, révision, comme celle des tribunaux civils. La seule particularité qui subsiste est l'existence de certaines compétences en premier et dernier ressort de l'instance de révision.

a) *Les juridictions du premier et du second degré.*

Tous les Länder possèdent aujourd'hui une juridiction administrative à deux degrés.

Les juridictions du premier degré sont des tribunaux collégiaux composés de trois à cinq membres selon les Länder (18). Elles s'appellent Verwaltungsgerichte (tribunaux administratifs) (19) et jouent le même rôle que nos actuels « tribunaux administratifs » : ils sont juges de droit commun en premier ressort. Peu importe que l'administration mise en cause soit l'administration du Land ou l'administration fédérale.

Les juridictions d'appel sont des tribunaux collégiaux composés de trois à cinq membres selon les Länder. Elles se dénomment Verwal-

(18) Il y a cinq membres dans les anciennes zones britanniques et américaine et à Berlin; il y a trois membres en Rhénanie-Palatinat et en Sarre.

(19) Abréviation : V G. — Plus précisément, seuls les tribunaux administratifs de première instance des provinces sud-allemandes (y compris Brême), de Berlin et de Sarre s'appellent ainsi. Ceux des provinces nord-allemandes (excepté Brême) s'appellent Landesverwaltungsgerichte (L V G.) (tribunaux administratifs provinciaux), et ceux de Rhénanie-Palatinat s'appellent Bezirksverwaltungsgerichte (Bez V G) (tribunaux administratifs de district).

tungsgerichtshofe (Cours administratives) en Allemagne du Sud, et Oberverwaltungsgerichte (tribunaux administratifs supérieurs) dans les autres Länder (20). L'appel est assez largement ouvert : le litige doit soulever une question de principe ou porter sur d'importants intérêts pécuniaires (300 DM en Bavière par exemple). Dans certains Länder, ces juridictions moyennes connaissent en premier et dernier ressort des recours en annulation dirigés contre les décisions des ministres du Land (Bavière et Brême), voire de toute autorité supérieure du Land (Rhénanie-Palatinat, Sarre) (21).

Selon le projet fédéral de codification, les deux juridictions prévues s'appelleraient respectivement Verwaltungsgericht (tribunal administratif), et Oberverwaltungsgericht (tribunal administratif supérieur). L'appel ne serait subordonné à aucune condition particulière; les chefs de compétence des juridictions moyennes en premier et dernier ressort seraient supprimés (22).

b) *La juridiction de révision.*

La juridiction suprême des tribunaux administratifs a été organisée sur le modèle de la juridiction civile suprême, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof). Comme celle-ci, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) est exclusivement une juridiction; il ne comprend pas de formations chargées de fonctions consultatives auprès du gouvernement. Comme celle-ci également, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) n'est pas une juridiction d'appel, mais seulement une juridiction de révision; il est vrai que le juge de révision a le pouvoir de trancher lui-même le litige si l'affaire est en état d'être jugée (23). Enfin, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) n'exerce aucun contrôle sur les principales juridictions administratives d'attribution, notamment, les tribunaux financiers, les tribunaux sociaux et les juridictions disciplinaires; il n'exerce de contrôle que sur les autres juridictions administratives d'attribution, par exemple les tribunaux institués par la loi sur le

(20) Abréviations : V G H. et O V G.

(21) En Bavière et à Brême, § 50 südd. V G G. En Hesse, il n'y a aucun texte analogue. En Rhénanie-Palatinat, § 26 V G G. RhPf. et en Sarre, § 26 V G G. Saar.

(22) §§ 2 et 45 Verw G O Entwurf.

(23) Ici, le caractère exceptionnel de la décision au fond du juge de révision disparaît; le § 63 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (B Verw G G.) dispose en effet : « Si la demande de révision est fondée, le Tribunal administratif fédéral peut : a) trancher lui-même l'affaire ; b) casser la décision attaquée y compris les constatations de fait sur lesquelles elle repose et renvoyer l'affaire à l'instance précédente »; de même, le § 140 du projet de codification fédérale (Verw G O).

remembrement rural (24). On peut d'ailleurs se demander si ce souci de copier l'organisation de la Cour fédérale n'a pas eu pour résultat de réduire au minimum les attributions du nouveau tribunal.

Le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) est donc essentiellement une juridiction de révision. Le recours en révision dirigé contre les jugements d'une juridiction administrative d'appel n'est possible que lorsqu'il a été déclaré recevable par le jugement attaqué. Celui-ci doit le faire dans trois séries d'hypothèses : quand il s'agit d'une question juridique fondamentale, quand une autorité supérieure de l'administration fédérale est en cause ou quand le jugement attaqué contredit une décision du Tribunal fédéral ou d'une juridiction administrative supérieure. Exceptionnellement, il est ouvert d'office en cas de vice grave de procédure. Enfin le recours ne peut être fondé que sur la violation du droit fédéral (25).

Cependant, pour certains litiges, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) est juge en premier et dernier ressort (26).

Il s'agit tout d'abord de litiges mettant en cause une autorité administrative fédérale suprême et survenant dans l'un des domaines suivants : activités consulaires, contrôle des devises, mesures relatives à l'économie industrielle, contrôle des entreprises privées d'assurances ou de prêts à la construction, mesures relatives au ravitaillement, aux forêts, au commerce et à l'industrie du bois, mesures portant sur le droit du travail, mesures relatives aux transports et aux voies d'eau. Ces chefs de compétence évoquent ceux du Conseil d'Etat prévus à l'article 2 du décret du 30 septembre 1953. Il s'agit ensuite des litiges mettant en cause des autorités fédérales ayant leur siège hors du territoire de la République fédérale, c'est-à-dire à Berlin ou à l'étranger (27).

Le Tribunal fédéral est également compétent pour connaître des litiges de droit public non constitutionnel opposant la Fédération à un Land ou deux Länder entre eux. Enfin, il est compétent pour reconnaître le caractère anti-constitutionnel de toute association ne constituant pas un parti politique. Ces deux derniers titres de compétence témoignent de la confiance du législateur dans le nouveau tribunal.

(24) Ces tribunaux (Flurbereinigungsgerichte) ont été institués par la loi fédérale du 14 juillet 1953 (BGBl. I, p. 591) sous la forme de sénats spéciaux créés auprès des tribunaux administratifs supérieurs. Voir HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., tome II, 1954, pp. 76 à 81.

(25) Voir §§ 53 à 56 B Verw G G.

(26) Voir § 9 B Verw G G et § 50 Verw G O (Entwurf).

(27) Berlin n'appartient pas en effet au territoire de la République fédérale ; voir FORSTHOFF I, 6^e éd. p. 468.

Ainsi, la création d'un Tribunal administratif fédéral permet, tout à la fois, l'unification de la jurisprudence des divers tribunaux administratifs allemands, et un contrôle efficace des autorités administratives supérieures de la Fédération (28). Elle représente donc un perfectionnement considérable de la juridiction administrative allemande.

B. — *L'indépendance des tribunaux administratifs.*

Celle-ci s'est considérablement améliorée. Certes, autrefois, l'administration ne pouvait pas intervenir dans les délibérations des tribunaux administratifs, mais elle pouvait exercer une pression fort efficace sur les juges, qui étaient souvent de simples fonctionnaires appartenant à l'administration active.

En France, l'indépendance personnelle des juges administratifs est assurée traditionnellement par une certaine séparation des personnels administratifs et juridictionnels et par des règles strictes de recrutement tendant à constituer un corps d'élite; en revanche, l'indépendance n'est nullement garantie par le statut personnel des juges, puisque ceux-ci ne bénéficient ni de l'inamovibilité, ni de l'irrévocabilité. Ce système empirique semble suffisant pour assurer l'indépendance du Conseil d'Etat : « En dehors de l'épuration de 1871 ou de celle de 1944, il n'y a pas d'exemple de conseiller d'Etat qui ait jamais été destitué ou simplement frappé d'une mesure disciplinaire quelconque » (29). Pour assurer l'indépendance des tribunaux administratifs inférieurs, les réformes de 1926 et de 1953 ont recouru à cette même méthode empirique, mais le succès n'est pas aussi manifeste.

En Allemagne, au contraire, l'indépendance des juges administratifs est beaucoup plus assurée par leur statut personnel que par leur recrutement. Les garanties sont d'ailleurs sensiblement différentes selon le rang du tribunal administratif.

a) *L'indépendance des tribunaux administratifs inférieurs.*

Ces tribunaux ne sont pas composés exclusivement de magistrats de carrière. Le corps des magistrats comprend aussi des fonctionnaires

(28) Auparavant, les tribunaux administratifs inférieurs et supérieurs étaient certes compétents pour annuler les décisions des autorités de l'Etat fédéral, et sur ce point, le § 11 B Verw G G n'a fait que confirmer la jurisprudence antérieure (notamment Hess. VGH. 7 juillet 1950 in DöV. 1950, p. 654 et OVG. Lüneburg 8 mai 1951 in DVBl. 1951, p. 576). Mais il ne fait pas de doute que seule une juridiction fédérale possède l'autorité morale nécessaire pour annuler la décision d'un ministre fédéral.

(29) WALINE, *Traité de droit administratif*, 5^e éd., p. 152.

qui exercent la fonction de juge à titre secondaire ou à titre temporaire et même des simples particuliers qui sont désignés par les représentations populaires des Länder et qui exercent la fonction de juge à titre honorifique. Ces tribunaux se caractérisent donc par la collaboration entre les magistrats fonctionnaires (*beamtete Richter*), lesquels ne sont pas tous de carrière, et les magistrats à titre honorifique (*ehrenamtliche Richter*), lesquels sont de simples particuliers désignés pour quelque temps. L'indépendance de ces juridictions dépend ainsi du statut des uns et des autres.

Les magistrats fonctionnaires (*beamtete Richter*) ne présentent évidemment pas les mêmes garanties selon qu'ils exercent leurs fonctions à titre principal (*hauptamtliche Richter*), à titre accessoire (*nebenamtliche Richter*) ou à titre temporaire (*Hilfsrichter*).

Les magistrats fonctionnaires qui exercent leurs fonctions à titre principal (*hauptamtliche Richter*) sont de véritables magistrats de carrière. Ils sont nommés à vie par le gouvernement; ils doivent posséder certains titres universitaires et avoir effectué certains stages. Durant leur carrière, ils bénéficient de l'inamovibilité et de l'irrévocabilité conformément à l'article 97 de la Loi fondamentale; plus généralement ils jouissent des mêmes garanties que les magistrats civils (30).

Les fonctionnaires qui sont magistrats à titre secondaire (*nebenamtliche Richter*) sont, en général, des magistrats des autres tribunaux ou des professeurs de droit. Ils sont nommés pour la durée de leurs fonctions principales; ils possèdent évidemment les connaissances juridiques nécessaires. Durant le temps de leurs fonctions, ils sont inamovibles et irrévocables et ils jouissent d'une indépendance personnelle incontestable (31). Cette institution est excellente; elle permet aux juges civils d'apprendre à connaître les problèmes des autres juridictions et aux professeurs de droit d'être en contact avec la pratique. Elle ne risque pas de porter atteinte au particularisme des tribunaux administratifs, car ces magistrats à titre secondaire ne peuvent jamais former la majorité du tribunal (32). Certaines législations (loi sud-allemande et loi sarroise) admettent que les hauts fonctionnaires puissent également être nommés magistrats pour la

(30) Voir notamment les §§ 13, 14 et 17 nordd. V O. 165; le § 3 südd. V G G. et le § 15 Verw G O. (Entwurf).

(31) Voir notamment les §§ 13, 15 et 17 nordd. V O. 165 et le § 5 V G G. Rh.Pf.; la loi berlinoise ignore ce genre de magistrat.

(32) Voir notamment le § 14 nordd. V O. 165 et le § 11 südd. V G G.

durée de leurs fonctions principales (33). Mais l'abrogation de ces dispositions est prévue par le projet fédéral de codification (34).

Si le recrutement des magistrats ne rencontrait pas de graves difficultés, il n'existerait que ces deux catégories de magistrats fonctionnaires (*beamtete Richter*). Mais les difficultés sont telles que les gouvernements locaux ont été contraints de nommer magistrats à titre temporaire (*Hilfsrichter*), soit des administrateurs actifs, soit des fonctionnaires en retraite. Ils doivent simplement être nommés pour un temps déterminé (35) et ils ne doivent pas être révoqués pendant l'exercice de leurs fonctions. Généralement, ils n'ont pas le droit de présider l'une des chambres qui composent le tribunal. Cette solution est assez médiocre; elle est peut-être inférieure à celle du droit français : recourir aux services d'un avocat.

A côté de ces magistrats fonctionnaires dont l'indépendance personnelle est assez variable, tous les tribunaux administratifs inférieurs comprennent des magistrats à titre honorifique (*ehrenamtliche Richter*). Ces magistrats sont de simples citoyens que la représentation populaire du Land désigne périodiquement pour siéger dans les tribunaux administratifs. Il s'agit, en somme, de faire participer les administrés à l'exercice de la justice administrative : ils ont les mêmes attributions que les autres magistrats et leur compétence ne se borne pas aux questions de fait, comme celle des jurés de notre cour d'assises. Parfois même, ils doivent être plus nombreux que les autres juges, afin qu'ils ne puissent être mis en minorité lors des délibérations (36). Cette institution originale du droit allemand est traditionnelle : dès avant 1945, elle avait été adoptée par de nombreux Länder, dont la Prusse : mais depuis 1945, elle s'est étendue à toute l'Allemagne, excepté la Sarre (37). Aux yeux des juristes allemands elle s'harmonise à merveille avec le nouvel idéal démocratique, d'après lequel les citoyens doivent participer aussi activement que possible à la vie de l'Etat.

(33) § 11 südd. V G G. et § 5 V G G. Saar.

(34) § 17 Verw G O. (Entwurf); il est regrettable que le projet ne prévoie pas leur nomination pour la durée des fonctions principales, mais seulement pour deux ans; en revanche, elle exige que les professeurs appelés à ces fonctions soient des professeurs nommés à vie.

(35) § 5 nordd. V O. 165; § 5a V G G. Rf. Pf.; § 5 V G G. Berlin; § 18 Verw. G O. (Entwurf). Cette institution est actuellement inconnue dans les lois sud-allemandes et sarroises, probablement parce que les administrateurs actifs peuvent y être nommés juges à titre secondaire (*nebenamtliche Richter*).

(36) Les rapports entre les magistrats fonctionnaires et les magistrats à titre honorifique sont de 2 à 3 en Allemagne du Nord (§ 3 nordd. V O. 165) et à Berlin (§ 2 V G G. Berlin); mais ils sont de 3 à 2 en Allemagne du sud (§ 16 südd. V G G.) et de 2 à 1 en Rhénanie-Palatinat (§ 9 V G G. Rh.Pf.). Le projet fédéral de codification prévoit la proportion de 2 à 3 (§ 3 Verw G O. Entwurf).

(37) § 3 V G G. Saar.

Ces magistrats à titre honorifique sont, en général, désignés directement ou indirectement par les représentations populaires locales (38). Ils sont désignés pour 3 à 5 ans selon les Länder. Les conditions d'éligibilité visent à assurer leur indépendance : par exemple, ni les fonctionnaires de l'administration, ni les membres d'une assemblée représentative ne peuvent être élus (39).

En principe, ces magistrats ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les magistrats de carrière (40). Ils sont irrévocables et inamovibles pour la durée de leurs fonctions. Hormis le cas où ils deviendraient inéligibles, ils ne peuvent être privés de leurs fonctions que dans les cas prévus pour les magistrats de carrière : violation grossière des obligations attachées à la fonction, perte de la capacité physique ou intellectuelle nécessaire, par exemple. Seule une juridiction peut prononcer la destitution de ces magistrats (41). Ils ne perçoivent pas de traitement, mais de simples indemnités.

La participation de simples citoyens à l'exercice de la justice administrative surprend beaucoup le juriste français. Loin d'y soupçonner la possibilité d'intrusions politiques, le juriste allemand y voit au contraire une véritable garantie d'indépendance et de bonne justice. Quoi qu'on puisse en penser, on ne doit pas y voir un élément d'infériorité vis-à-vis des tribunaux civils.

b) *L'indépendance des tribunaux administratifs d'appel.*

En raison du caractère plus juridique des questions soulevées et en raison du caractère sans appel de leurs décisions, les tribunaux administratifs supérieurs comprennent à peu près uniquement des magistrats de carrière et des professeurs de droit.

En effet, seuls des magistrats des autres tribunaux, des magistrats en retraite ou encore des professeurs de droit peuvent être nommés juges à titre secondaire ou temporaire; bref, seuls des fonctionnaires

(38) Ils sont élus directement par elles à Berlin (§ 14 V G G. Berlin) et à Hambourg (§ 118 nordd. V O. 165), et indirectement dans les autres Länder d'Allemagne du Nord (§ 19 nordd. V O. 165). En Allemagne du Sud (Bavière et Hesse) et en Rhénanie-Palatinat, aucune loi réglementant leur élection n'est encore intervenue; et les magistrats à titre honorifique sont, en fait, nommés par le gouvernement.

(39) Voir notamment le § 18 nordd. V O. 165, le § 6 V G G. Rh.Pf et le § 13 V G G. Berlin.

(40) Voir notamment le § 14 südd. V G G., le § 14c V G G. Bad. Würt., le § 17 V G G. Rh.Pf. et le § 16 V G G. Berlin.

(41) Voir notamment le § 20 nordd. V O. 165, le § 14b V G G. Bad. Würt. et le § 8 V G G. Rh.Pf.

bénéficiant d'un statut privilégié et offrant de grandes garanties d'indépendance et de savoir peuvent y être nommés (42).

Quant aux magistrats à titre honorifique, ils jouent un moindre rôle. Ils sont en minorité dans les tribunaux d'Allemagne du Nord et ils sont exclus des tribunaux d'Allemagne du Sud. Le projet fédéral de codification prévoit leur exclusion (43).

Du point de vue du statut des magistrats, les juridictions administratives d'appel représentent ainsi un type intermédiaire entre les juridictions de première instance et la juridiction suprême, le Tribunal administratif fédéral.

c) *L'indépendance du Tribunal administratif fédéral.*

Ce tribunal est composé exclusivement de magistrats de carrière, c'est-à-dire de juges professionnels nommés à vie et bénéficiant de l'inamovibilité et de l'irrévocabilité. Même les professeurs de droit public ne peuvent y être magistrats à titre secondaire (44).

Le tribunal fédéral est ainsi une juridiction du type le plus pur : fonctions exclusivement juridictionnelles, juges inamovibles. Il ressemble plus à notre Cour de cassation qu'à notre Conseil d'Etat, qui exerce d'importantes fonctions consultatives et qui est composé de hauts fonctionnaires, fussent-ils traités avec infiniment de ménagements par le gouvernement.

CONCLUSION

D'une façon plus générale, on remarquera que la parenté avec les tribunaux ordinaires est beaucoup plus marquée en Allemagne qu'en France. Cette parenté a été voulue : les juristes allemands ont toujours considéré que seule la transposition des formes judiciaires aux juridictions administratives permettait d'en faire de véritables juridictions.

Cette assimilation des tribunaux administratifs aux tribunaux judiciaires est aujourd'hui pratiquement réalisée. Il subsiste cependant encore une différence entre eux : les uns dépendent hiérarchi-

(42) Voir notamment les §§ 5 et 15 nordd. V.O. 165, le § 4 südd. V.G.G. et les §§ 5 et 5a V.G.G. Rh.Pf.

(43) Ils sont exclus en Allemagne du Sud (§ 4 südd. V.G.G. et § 3 V.G.G. Saar) et admis en Allemagne du Nord (§ 4 nordd. V.O. 165, § 9 V.G.G. Rh.Pf., § 3 V.G.G. Berlin). Le projet fédéral les exclut : § 9 Verw. G.O. (Entwurf).

(44) §§ 2 et 3 B. Verw. G.G.

quement des présidents du Conseil des ministres (Ministerpräsidenten), de la Fédération (Bund) et des divers Länder ; les autres dépendent des ministres de la Justice. La grande majorité des juristes allemands réclament la suppression de cette dernière particularité et demandent que les tribunaux administratifs relèvent exclusivement des ministres de la Justice, afin que leurs membres ne puissent pas être l'objet de pression de la part de l'administration (45).

Ils développent à l'appui leur thème favori, celui de l'appartenance des tribunaux administratifs au pouvoir judiciaire (46). Selon eux, les nouvelles juridictions administratives se sont complètement détachées de l'administration active, n'exercent plus aucune fonction administrative, même consultative et n'appartiennent donc plus au pouvoir exécutif. D'ailleurs la Loi fondamentale elle-même range les tribunaux administratifs parmi les juridictions auxquelles est confié le pouvoir judiciaire de l'Etat allemand (47). La distinction des juridictions administratives et des juridictions judiciaires ne repose plus sur le principe de la séparation des pouvoirs, mais sur celui de la spécialisation des juridictions.

Ce thème, qui n'est d'ailleurs pas complètement inconnu des juristes français, symbolise parfaitement la profonde transformation subie par les tribunaux administratifs allemands ces dernières années.

L'organisation allemande des tribunaux administratifs a-t-elle dépassé en perfection le système français ?

A bien des égards, la juridiction administrative allemande offre plus de garanties. Les justiciables ne disposent-ils pas de trois recours successifs, l'action de première instance, l'appel et le pourvoi en révision, dont les deux premiers sont suspensifs (48) ? Les diverses juridictions ne rendent-elles pas exclusivement la justice ? La plupart des juges administratifs ne sont-ils pas de véritables magistrats ? Reste à savoir si le manque d'attributions consultatives et par suite le manque de lien avec l'administration active ne risque pas de devenir une source d'incompréhension. Seul l'avenir le dira. Pour le moment, la présence dans leur sein d'un grand nombre d'anciens fonctionnaires exclut cette possibilité. Les tribunaux administratifs allemands ne présentent actuellement qu'une seule infériorité grave, celle d'être restés pendant longtemps des juridictions sans prestige. Or le prestige ne s'acquiert pas en un jour.

(45) Notamment FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* I, 6^e éd., 1956, p. 465.

(46) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* I, 6^e éd., 1956, pp. 451 et 465.

(47) Art. 92 et 96 de la Loi fondamentale cités dans la note 16 de la page 25.

(48) § 51 nordd. V O. 165, § 51 südd. V G G., § 43 V G G. RhPf., § 45 V G G. Saar, § 29 B Verw G G., § 81 Verw G O. (Entwurf).

SECTION III

LES AUTRES ORDRES DE JURIDICTIONS

BIBLIOGRAPHIE : 1° relative aux tribunaux du travail : ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 6° éd., pp. 57 à 61 ; DERSCH-VOLKMAR, *Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz*, 6° éd., 1955, § 1. — 2° relative aux tribunaux sociaux : PETERS-SAUTTER-WOLFF, *Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit*, 1953. — 3° relative aux tribunaux financiers : BERGER (E.), *Der Steuerprozess*, 1954, pp. 63 et suiv. — 4° relative aux tribunaux constitutionnels : MAUNZ (Th.), *Deutsches Staatsrecht*, 6° éd., 1957, pp. 202 à 226 ; WOLFF (G.), *Ueberschneidungen von Bundes- und Landerverfassungsgerichtsbarkeit*, Dissertation Frankfurt/M., 1955, pp. 35 et suiv.

L'étude de la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs requiert la connaissance des autres juridictions dans la mesure où elles tranchent des litiges qui ressortissent en principe à la compétence des tribunaux civils ou des tribunaux administratifs. Ces juridictions sont de deux types bien différents, les juridictions d'attribution et les juridictions constitutionnelles. Elles ne présentent qu'un caractère commun : elles sont toutes postérieures à 1919 (49).

§ 1. — Les juridictions d'attribution (besondere Gerichte)

Les juridictions d'attribution qui intéressent notre étude sont celles qui possèdent une organisation entièrement autonome et constituent ainsi de véritables ordres de juridictions. Tels sont les tribunaux du travail (Arbeitsgerichte), les tribunaux sociaux (Sozialgerichte) et les tribunaux financiers (Finanzgerichte) (50).

Leur autonomie est une particularité de l'organisation juridictionnelle allemande : elle ne se retrouve pas en droit français. En effet, en ce qui concerne le contentieux du travail, des juridictions parti-

(49) Les tribunaux du travail ont été créés par une loi du 23 décembre 1926 sous la forme de chambres spéciales créées au sein des tribunaux civils ; les tribunaux sociaux n'ont été créés en tant que tels qu'en 1953 ; les tribunaux financiers ont été créés par le Code des impôts d'Empire du 13 décembre 1929. Les juridictions constitutionnelles sont apparues à l'époque de Weimar.

(50) Nous négligeons les juridictions disciplinaires des fonctionnaires fédéraux qui sont également entièrement autonomes. Prévu par l'article 96 de la Loi fondamentale (Grundgesetz), elles ont été organisées par la loi du 28 novembre 1952 (B G Bl. I, 761).

culières n'ont été créées qu'en première instance et elles relèvent en appel et en cassation des juridictions civiles de droit commun. En ce qui concerne le contentieux social, des juridictions d'exception ont été créées, mais elles sont demeurées dans le cadre, soit de la juridiction judiciaire, soit de la juridiction administrative de droit commun. C'est ainsi que les commissions du contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole relèvent des cours d'appel et que les commissions d'aide sociale et les juridictions des pensions relèvent du Conseil d'Etat par la voie de la cassation. Enfin, le contentieux fiscal est partagé par moitié entre les juridictions judiciaire et administrative de droit commun.

Nous présenterons ensemble les tribunaux du travail (Arbeitsgerichte) et les tribunaux sociaux (Sozialgerichte) qui ont été réorganisés en même temps et selon un même schéma. Puis nous analyserons l'organisation des tribunaux financiers (Finanzgerichte).

I. — LES TRIBUNAUX DU TRAVAIL ET LES TRIBUNAUX SOCIAUX (ARBEITSGERICHTE, SOZIALGERICHTE).

Ces juridictions ont toutes deux pour mission de résoudre des litiges de caractère « social ». Le législateur fédéral a tenu compte de cette parenté en promulguant, le 3 septembre 1953, deux lois relatives, l'une aux tribunaux du travail (Arbeitgerichte), l'autre aux tribunaux sociaux (Sozialgerichte) (51). Depuis cette date, ils constituent deux ordres de juridictions pleinement autonomes, ayant leurs propres juridictions suprêmes conformément à l'article 96 de la Loi fondamentale (Grundgesetz).

A. — *Attributions.*

Selon le § 2 de la loi fédérale du 3 septembre 1953, les tribunaux du travail (Arbeitsgerichte) sont compétents :

« 1. — Pour résoudre les litiges civils (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten) résultant des conventions collectives et opposant les parties entre elles ou l'une d'elles à un tiers;

2. — Pour résoudre les litiges civils résultant des contrats de travail conclus entre un employeur et un travailleur et opposant ceux-ci;

(51) Arbeitsgerichtsgesetz (Arb. G. G.), B. G. Bl. I, 1267; Sozialgerichtsgesetz (Soz. G. G.), B. G. Bl. I, 1239.

3. — Pour résoudre les litiges civils opposant deux travailleurs au sujet de leur travail.

4. — Dans les cas prévus par la loi dite d'organisation sociale de l'entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz*) (52).

5. — Pour décider de l'aptitude d'un groupement à conclure des conventions collectives. »

Ainsi, hormis les chefs de compétence n° 4 et 5, tous les litiges jugés par les tribunaux du travail (*Arbeitsgerichte*) sont des litiges civils de l'aveu même de la loi. La juridiction du travail doit donc être considérée comme une juridiction civile d'attribution et non pas comme une juridiction de droit commun ayant pour objet l'application d'un droit du travail distinct du droit privé.

De même, la loi du 3 septembre 1953 relative aux tribunaux sociaux (*Sozialgerichte*) dispose (article 51) : « Les tribunaux de la juridiction sociale tranchent les litiges de droit public dans les affaires d'assurances sociales, d'assurance chômage, et les autres affaires ressortissant à l'Etablissement fédéral du placement et de l'assurance chômage (*Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung*), d'une part, dans les affaires d'assistance aux victimes de la guerre, d'autre part. » Tous les litiges énumérés par ce texte sont des litiges de droit public; les tribunaux sociaux (*Sozialgerichte*) apparaissent ainsi comme des juridictions administratives d'attribution.

Le problème de la répartition des compétences entre ces deux juridictions d'attribution, l'une civile, l'autre administrative, se pose assez fréquemment et soulève les mêmes difficultés que celui de la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs. Dans cette mesure, notre étude intéresse également ces deux juridictions.

B. — Organisation.

La hiérarchie des tribunaux du travail (*Arbeitsgerichte*) et celle des tribunaux sociaux (*Sozialgerichte*) comprennent deux degrés de juridiction. Elles ont à leur sommet des juridictions de révision : *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal fédéral du travail), *Bundessozialgericht* (Tribunal social fédéral). Ces deux juridictions siègent à Kassel (Hesse).

Dans ces deux ordres de juridictions, l'institution des magistrats

(52) *Betriebsverfassungsgesetz*, 14 octobre 1952, B G Bl. I, 681.

à titre honorifique (ehrenamtliche Richter) a un caractère très particulier. En effet, ces magistrats ne sont plus choisis dans le peuple, mais dans les divers groupes ou organismes sociaux auxquels appartiennent les plaideurs : les travailleurs et les employeurs, les travailleurs et les caisses d'assurances sociales, les médecins et les caisses de maladie, les victimes de la guerre et les organismes d'assistance (53). Comme ces magistrats représentent ainsi des groupes antagonistes, ils doivent être présents en nombre égal à tous les degrés de la hiérarchie, y compris les tribunaux fédéraux : ce sont des juridictions essentiellement paritaires (54).

Cependant, les deux ordres de juridictions ne sont pas parfaitement identiques, car la juridiction du travail présente quelques imperfections qui lui sont propres. Dans les juridictions inférieures et supérieures, il n'y a qu'un magistrat professionnel : le président (55). De plus, dans les juridictions inférieures, le président peut n'être nommé que pour un an avec possibilité d'être renouvelé deux fois ; surtout, il peut être recruté parmi ceux qui conseillent depuis cinq ans les plaideurs et les représentent auprès des tribunaux du travail (56), c'est-à-dire bien souvent parmi les secrétaires de syndicats. Le danger de politisation de la juridiction du travail est réel.

Au contraire, dans la juridiction sociale, c'est seulement au sein des juridictions inférieures que les magistrats fonctionnaires sont réduits au rôle de président (57). De plus, ces magistrats offrent de meilleures garanties, puisqu'ils sont tous nommés à vie (58).

II. — LES TRIBUNAUX FINANCIERS (FINANZGERICHTE).

Ils ont été créés par le Code des impôts d'Empire (Reichsabgabenordnung) du 13 décembre 1919 et ils ont constitué dès cette époque un ordre de juridictions autonome. Après 1945, ils ont été rétablis dans leur forme ancienne et depuis ils n'ont fait l'objet d'aucune réforme, sauf dans l'ancienne zone britannique. En prévoyant l'institution d'un « tribunal fédéral supérieur » (oberes Bundesgericht) en matière financière, l'article 96 de la Loi fondamentale a constitutionnalisé l'autonomie des tribunaux financiers (Finanzgerichte).

(53) § 6 Arb G G., § 12 Soz G G.

(54) §§ 16, 35 et 41 Arb G G. ; §§ 12, 33 et 40 Soz G G.

(55) §§ 16 et 35 Arb G G.

(56) § 18 Arb G G.

(57) § 12 Soz G G.

(58) § 11 Soz G G.

A. — *Attributions.*

Celles-ci sont définies de façon très restrictive aussi bien par le Code général des impôts (Reichabgabenordnung) que par l'ordonnance n° 176 du gouvernement militaire (Militärregierungsverordnung Nr 175), applicable en Allemagne du Nord. Ces textes énumèrent simplement les diverses mesures fiscales susceptibles de recours et cette énumération est loin d'être exhaustive.

Depuis que les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître des recours dirigés contre toutes les décisions administratives (1945), cette énumération légale a posé un problème délicat : les mesures fiscales qui ne sont pas visées par les textes relatifs aux tribunaux financiers sont-elles attaquables devant les tribunaux administratifs ou devant les tribunaux financiers ? La stricte interprétation des textes conduisait à adopter la première solution, mais le bon sens réclamait la seconde.

C'est pourquoi dans un avis du 17 avril 1951 (59), la juridiction suprême en matière financière, le Bundesfinanzhof (la Cour fédérale des Finances) a admis que les tribunaux financiers n'étaient pas seulement compétents dans les cas prévus par les textes, mais pour tous les litiges de droit public survenant en matière fiscale. On pourrait penser que la Cour fédérale fonde cette extension de compétence sur l'idée d'autonomie du droit fiscal et revendique ainsi, pour les tribunaux financiers, la qualité de juridictions de droit commun. Au contraire, le raisonnement de la Cour repose entièrement sur leur caractère de juridictions administratives d'attribution : c'est seulement en cette qualité que les tribunaux financiers peuvent appliquer la règle d'après laquelle toute décision administrative peut être attaquée et qui est inscrite dans les lois relatives aux tribunaux administratifs *stricto sensu*. Les tribunaux financiers sont ainsi de simples juridictions administratives d'attribution.

B. — *Organisation.*

Cette organisation ne semble pas définitive. La hiérarchie ne comporte qu'un seul degré de juridiction : les Finanzgerichte (tribunaux financiers) ; ceux-ci sont de valeur très différente selon les provinces.

Dans l'ancienne zone britannique, les tribunaux financiers ont été complètement réorganisés par l'ordonnance n° 175 du gouvernement militaire (60). Contrairement au régime antérieur, ces tribunaux sont

(59) *Bundessteuerblatt*, 1951, III, 1071.

(60) M R V O. Nr 175, V O Bl. 1948, 385.

complètement séparés de l'administration. Les organes de jugement comprennent, d'une part, deux magistrats professionnels qui ont l'obligation de n'exercer aucune activité administrative, même accessoire, et qui sont nommés à vie, inamovibles et irrévocables, et d'autre part, trois magistrats à titre honorifique désignés indirectement par le Landtag (61).

Dans le reste de l'Allemagne, l'organisation des tribunaux financiers est toujours celle prévue par le Code des impôts d'Empire de 1919 (62) et ne correspond plus aux exigences actuelles du droit allemand. En effet, les deux juges fonctionnaires sont simplement des membres de la direction supérieure des finances nommés pour la durée de leurs fonctions ; ils sont donc révocables à tout instant (63). Aussi certains juristes allemands vont même jusqu'à leur dénier tout caractère juridictionnel « en raison de leur manque d'indépendance personnelle réelle » (64). C'est là un vestige regrettable de l'ancienne organisation des juridictions administratives.

La juridiction de révision, unique pour toute l'Allemagne, est le Bundesfinanzhof (Cour fédérale des finances), qui siège à Munich ; elle succède à l'ancien Reichsfinanzhof (Cour des finances d'Empire). Organisée par une loi fédérale du 29 juin 1950, elle est composée uniquement de juges professionnels qui ne doivent exercer aucune activité administrative même accessoire et qui sont nommés à vie, inamovibles et irrévocables (65).

§ 2. — Les juridictions constitutionnelles (Verfassungsgerichte).

Apparues en Allemagne après 1919, les juridictions constitutionnelles ont pris depuis 1945 un essor si remarquable que l'analyse de leurs décisions tend à devenir une partie importante du droit constitutionnel.

(61) § 12 MRVO. Nr 175 : « Les juges à titre honorifique sont désignés pour cinq ans par une commission. La commission se compose : a) du président du tribunal, qui la présidera ; b) d'un fonctionnaire désigné par l'administration des finances ; c) de sept personnalités... qui seront élues pour cinq ans par le Landtag... »

(62) Reichsabgabenordnung (R A O) du 13 décembre 1919, modifiée le 22 mai 1931 (R G Bl. I, p. 161). En Bavière, une loi légèrement différente a été édictée le 19 mai 1948 (G V Bl. 1948, p. 87).

(63) §§ 48 et 49 R A O. ; en Bavière, le président est nommé à vie (§ 2).

(64) EYERMANN-FRÖHLER, *Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz*, 1950, p. 80 ; WESSEL in D V. 1949, p. 232 ; WOLFF in M D R. 1949, p. 266 ; WITTEN in D V. 1949, p. 342. — *Contra* : HAEFFNER in D V. 1949, p. 65 ; Württ. Bad. Verf G H. 30.9.1948 in D V. 1949, p. 242 ; VON TUREGG in N J W. 1953, p. 1201.

(65) § 3 de la loi sur la Cour fédérale des finances — Gesetz über den Bundesfinanzhof (B F H) — du 29 juin 1950 (B G Bl. 1950, p. 257).

L'étude de ces juridictions se justifie dans la mesure où, comme nous allons le montrer, elles débordent le cadre du droit constitutionnel et jugent, dans certains cas, des litiges de droit administratif.

I. — ATTRIBUTIONS.

Les chefs de compétence des tribunaux constitutionnels peuvent être regroupés en deux catégories : les litiges constitutionnels proprement dits (*eigentlichen Verfassungstreitigkeiten*) (66) et les recours constitutionnels pour atteinte aux droits garantis par la Constitution (*Verfassungsbeschwerden*).

Les litiges constitutionnels proprement dits (*eigentlichen Verfassungstreitigkeiten*) concernent exclusivement le droit constitutionnel et occupent une place très à part dans le système juridictionnel allemand. Ils sont multiples. Les juristes allemands distinguent habituellement les recours qui émanent d'un « organe » (67) constitutionnel (*Parteienklagen*) et ceux qui émanent d'une juridiction (*Richterklagen*). Les premiers visent à trancher un litige relatif aux institutions parlementaires et fédérales ou à réprimer les agissements anticonstitutionnels de certains groupements ou de certains individus. Les seconds recours sont introduits par les juges qui, dans un procès déterminé, sont chargés d'appliquer une loi qu'ils estiment contraire à une constitution ; car seules les juridictions constitutionnelles sont habilitées à constater l'inconstitutionnalité des lois. Selon que la constitution violée est celle d'un Land ou celle de la Fédération, ces divers litiges sont portés devant la juridiction constitutionnelle du Land intéressé ou devant celle de la Fédération (Bund).

Quant au recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) pour atteinte aux droits garantis par la Constitution, il ne peut être porté que devant le Tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*). L'article 90 de la loi du 12 mars 1951 qui a institué ce tribunal dispose : « Quiconque prétend avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 33, 38, 101, 103, 104 de la Loi fondamentale peut introduire un « recours constitutionnel » devant le Tribunal administratif fédéral (*Bundesverfassungsgericht*). » En Hesse et

(66) Expression empruntée à EYERMANN-FRÖHLER. *Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 1950, pp. 86 et 87.

(67) L'expression « organe constitutionnel » désigne aussi bien un président, un gouvernement, une chambre, qu'un parti politique ou le tiers des membres d'une chambre. Sur la juridiction constitutionnelle, voir MAUNZ (Theodor), *Deutsches Staatsrecht*, 6^e éd., pp. 203 à 226.

en Bavière, les Constitutions prévoient qu'un recours analogue peut être porté devant leurs propres juridictions constitutionnelles (68).

Ce chef de compétence intéresse particulièrement notre étude, car le recours peut être dirigé contre une décision administrative violant un droit fondamental. La juridiction constitutionnelle saisie d'un tel recours exerce incontestablement la justice administrative. Comment s'opère alors la répartition des compétences entre elle et les tribunaux administratifs ? Le plaignant doit d'abord saisir la juridiction administrative et épuiser toutes les voies de recours ; c'est seulement ensuite qu'il peut saisir la juridiction constitutionnelle. Autrement dit, en matière de libertés publiques, ce recours représente pour le plaideur un recours supplémentaire (69).

II. — ORGANISATION.

Les juridictions constitutionnelles forment, dans une certaine mesure, une véritable hiérarchie. En effet, les juridictions constitutionnelles des divers Länder (70) doivent saisir elles-mêmes le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht) dans certains cas, notamment lorsqu'elles interprètent la Loi fondamentale (Grundgesetz) d'une façon contraire à la décision antérieure d'une autre juridiction constitutionnelle. Le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht) occupe ainsi une place éminente parmi les diverses juridictions constitutionnelles. Il a été organisé par une loi du 12 mars 1951 (71).

Ce tribunal est formé de deux « Sénats » composés chacun de huit juges. Le premier « Sénat » connaît essentiellement des litiges constitutionnels relatifs aux droits fondamentaux (dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois et des recours constitutionnels) ; le second « Sénat » connaît de tous les autres litiges, notamment des litiges relatifs aux institutions parlementaires et fédérales (72). Il n'y a pas de permutation périodique entre les juges des deux « Sénats », si bien que, ceux-ci constituent pratiquement

(68) Bavière : art. 66 et 120 de la Constitution ; Hesse : art. 131 de la Constitution.

(69) § 90 B Verf G G. ; Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 12 mars 1951. Référence officielle : B G Bl. I, 625. Références pratiques : FORSTHOFF, *Gesetzesammlung*, B.1 ; SARTORIUS, *Verfassungs- und Verwaltungsgesetze*, 20^e éd. 1956, 66.

(70) Seul le Schleswig-Holstein ne possède pas de juridiction constitutionnelle. Les litiges constitutionnels internes de cette province sont portés devant le Tribunal constitutionnel fédéral, conformément à l'article 93 de la Loi fondamentale et du § 13 de la loi relative à ce tribunal.

(71) Voir les références, note 69.

(72) § 14 B Verf. G G.

deux tribunaux distincts ; il en résulte parfois des divergences assez sensibles dans les tendances respectives des deux « Sénats » (73).

L'indépendance des membres du Tribunal constitutionnel fédéral est d'autant plus importante que les décisions prises ont généralement une portée politique. Ceux-ci sont élus par le Parlement fédéral, moitié par le Bundestag, moitié par le Bundesrat, à la majorité des deux tiers. Parmi les huit juges d'un « Sénat », trois doivent être choisis parmi les membres des cinq autres Tribunaux fédéraux et nommés pour la durée de leurs fonctions principales. Les cinq autres juges doivent être choisis parmi les personnalités remplissant les conditions nécessaires pour devenir juge ou fonctionnaire supérieur et ils sont nommés pour huit ans. Une fois élus, ces juges ne peuvent plus exercer d'autre profession que celle de juge constitutionnel fédéral et, à titre accessoire, celle de professeur de droit dans un établissement d'enseignement supérieur (74). Cette réglementation paraît satisfaisante : d'une part, elle établit entre le Parlement et le Tribunal constitutionnel un lien dont l'utilité est évidente ; d'autre part, elle donne une garantie suffisante d'impartialité.

(73) Voir MAUNZ, *Staatsrecht*, p. 224

(74) §§ 3 à 10 B Verf G G.

CHAPITRE II

LES PROCEDURES DE REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES DIVERS ORDRES DE JURIDICTIONS

En droit français, les règles procédurales de répartition des compétences sont tout entières dominées par l'existence du Tribunal des conflits, juridiction de type arbitral. Elles le sont à un tel point que le rôle du respect de la chose jugée est souvent laissé dans l'ombre par les juristes français. Distinguons à cet égard les règles applicables aux déclarations de compétence et celles applicables aux déclarations d'incompétence.

En ce qui concerne les déclarations de compétence, le système français est le suivant. L'autorité de la chose jugée interdit qu'un tribunal judiciaire s'affirme compétent pour juger un litige pour lequel un tribunal administratif s'est reconnu implicitement ou explicitement compétent. Réciproquement, l'autorité de la chose jugée interdit qu'un tribunal administratif s'affirme compétent pour trancher un litige dont a été saisi un tribunal civil et pour lequel il s'est déclaré compétent (1). Il est vrai que le jeu de ce principe est

(1) Le rôle du principe de l'autorité de la chose jugée a été étudié de façon approfondie par le professeur Claude DURAND dans sa thèse : *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, 1956, pp. 85 à 100.

parfois paralysé aux dépens des tribunaux civils par l'intervention du préfet. Nous voulons parler de l'élévation du conflit positif par le préfet lorsque l'administration est mise en cause devant un tribunal civil. C'est là une institution très caractéristique du droit français et, à vrai dire, très curieuse : pourquoi une administration citée en justice a-t-elle le droit de s'immiscer dans l'exercice de la justice lors de la vérification des compétences ?

En revanche, en ce qui concerne les déclarations d'incompétence des tribunaux, le principe de l'autorité de la chose jugée n'intervient pas ; car il n'est applicable qu'aux décisions prises au fond (2). Il n'interdit donc pas qu'un tribunal judiciaire se déclare incompétent pour connaître d'un litige qu'un tribunal administratif a refusé de trancher en invoquant sa propre incompétence. Et réciproquement, il n'interdit pas qu'un tribunal administratif se déclare incompétent pour connaître d'un litige pour lequel un tribunal administratif a déjà décliné sa compétence. Le conflit entre les deux juridictions est alors résolu par la saisine du Tribunal des conflits par le plaideur malheureux.

Le système français se caractérise ainsi par la fréquence des conflits et par l'existence d'une juridiction des conflits de type arbitral (3).

Il n'est pas aussi aisé de caractériser le système allemand : celui-ci est extrêmement complexe en raison de la multiplicité des réglementations existantes et il est en pleine évolution en raison de la transformation récente des tribunaux administratifs en véritables juridictions de droit commun.

Cette évolution inachevée suffit à justifier une étude de la réglementation antérieure à 1945 : le système actuel emprunte nombre de ses solutions aux procédures anciennes.

(2) Telle est, du moins, l'explication fournie par Claude DURAND dans *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, pp. 336 à 341.

(3) Sur le caractère arbitral du Tribunal des conflits et ses conséquences, voir DUEZ et DEBEYRE, 1952, p. 277.

SECTION PREMIÈRE

LES PROCÉDURES DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS ET LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS AVANT 1945

BIBLIOGRAPHIE : MAYER (Otto), *Le droit administratif allemand*, édition française 1903, I, pp. 285 à 292 ; *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2^e éd. allemande 1914, pp. 186 à 189. — FLEINER, trad. EISENMANN, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, pp. 21 à 24. — JELLINEK (W.), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, pp. 55 à 58. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* I, 6^e éd. 1956, pp. 105 à 107.

Avant 1945, il n'existait que deux ordres de juridictions : les tribunaux civils et les tribunaux administratifs. A cette époque, les tribunaux administratifs partageaient l'exercice de la justice administrative avec l'administration elle-même, et ils appartenaient incontestablement au pouvoir exécutif. La répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et civils était alors un aspect de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire.

Cependant, les procédures adoptées n'étaient pas inspirées par les mêmes préoccupations selon que le droit d'Empire (Reichsrecht) ou le droit des Etats membres (Landesrecht) leur était applicable. Le droit d'Empire était dominé par la conception libérale traditionnelle qui considère les tribunaux ordinaires comme les seules juridictions dignes de ce nom. Le droit des Länder était dominé par le souci de soustraire le plus possible l'administration à la justice ordinaire.

Ainsi, dès cette époque, la réglementation allemande était composée. Le droit d'Empire (Reichsrecht) s'appliquait aux litiges qui étaient portés devant une juridiction d'Empire ou qui mettaient en cause une administration d'Empire. Le droit des Länder s'appliquait aux autres litiges.

§ 1. — Le droit d'Empire (Reichsrecht) : le privilège judiciaire de la chose jugée.

Le droit d'Empire était tout entier contenu dans le § 17 de la loi impériale d'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz) de 1877 : « Les tribunaux ordinaires décident de l'admission de la voie judiciaire (Rechtsweg). » Aucun texte semblable n'existait au profit des tribunaux administratifs. Les juristes allemands en avaient déduit

que seules les décisions des tribunaux civils relatives à la répartition des compétences avaient l'autorité de la chose jugée (4). Un tel système conférait aux tribunaux ordinaires un véritable privilège : les juristes allemands l'appelaient privilège judiciaire ou privilège de la justice (*Justizprivileg*). C'était l'une des manifestations de la suspicion dans laquelle étaient tenus les tribunaux administratifs.

Ce privilège judiciaire de l'autorité de la chose jugée n'était contrebalancé par aucune autre institution : il n'y avait ni Tribunal des conflits, ni élévation des conflits positifs, ni possibilité de conflits négatifs.

Ce privilège était d'autant plus considérable que l'autorité de la chose jugée judiciaire s'appliquait tant aux déclarations d'incompétence qu'aux déclarations de compétence.

En présence d'une déclaration de compétence émanant d'un tribunal ordinaire, les tribunaux administratifs étaient tenus de se déclarer incompétents : on retrouvait la même règle en droit français, encore qu'elle fût souvent paralysée par l'élévation d'un conflit positif. Mais la réciproque n'était pas admise : en présence d'une déclaration de compétence émanant d'une juridiction administrative, un tribunal civil saisi ultérieurement du même litige n'était pas tenu de respecter la chose jugée par le tribunal administratif, celui-ci fût-il le Tribunal administratif suprême de Prusse : les juridictions administratives n'étaient pas regardées comme de véritables juridictions. Dans cette hypothèse, l'administration défenderesse ne pouvait pas invoquer l'exception de chose jugée ni provoquer l'élévation d'un conflit ; elle pouvait seulement interjeter appel devant un tribunal civil supérieur, puis se pourvoir en révision devant le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) : ce recours lui était d'ailleurs ouvert quel que fût le montant du litige, pour la seule raison que l'objet en était « l'admission de la voie judiciaire » (*Zulässigkeit des Rechtswegs*) (5). En définitive, le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) était la seule juridiction dont les décisions fussent souveraines en matière de répartition des compétences.

Le privilège judiciaire de l'autorité de la chose jugée s'appliquait également aux déclarations d'incompétence. Les juristes allemands l'avaient admis en raison des termes très compréhensifs du § 17 de la loi d'organisation judiciaire et de l'absence de toute juridiction des conflits (6). Ce privilège apparaissait alors encore plus exorbitant. En effet, lorsque le tribunal administratif s'était déclaré incompé-

(4) Sur l'origine de cette règle, voir O. MAYER, édition française 1903, p. 286.

(5) §§ 511a et 547 Z P O. (*Zivilprozessordnung* ou Code de procédure civile).

(6) Voir FORSTHOFF, 6^e éd., p. 109.

tent, le tribunal ordinaire ultérieurement saisi pouvait, en se déclarant incompétent, obliger le tribunal administratif à revenir sur sa décision et à statuer au fond. L'administration défenderesse avait également pour seul recours de remonter tous les degrés de la hiérarchie judiciaire et d'aller porter la question de compétence devant le Tribunal d'Empire (Reichsgericht).

En définitive, le Tribunal d'Empire était l'unique juridiction dont les décisions relatives à la répartition des compétences fussent souveraines. C'est pourquoi la jurisprudence de cette haute juridiction, depuis sa fondation (1879) jusqu'à sa disparition (1945), était et demeure fondamentale en notre matière. On comprend aisément, dans ces conditions, pourquoi les spécialistes allemands de droit civil, et plus particulièrement de droit judiciaire, étudient les problèmes de compétence avec autant d'intérêt que les spécialistes de droit administratif.

Ce privilège des tribunaux ordinaires n'est qu'une illustration de la très grande différence de prestige qui a toujours existé en Allemagne entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs. Le juriste français qui aborde l'étude du droit allemand doit toujours avoir à l'esprit ce trait fondamental.

Ce privilège judiciaire était également une manifestation de la volonté du législateur d'Empire de mettre le pouvoir exécutif en situation d'infériorité vis-à-vis du pouvoir judiciaire : cette préoccupation, qui est toujours très vivante en Allemagne, s'est cependant heurtée, en 1877, à l'opposition des Etats membres désireux d'accorder de larges privilèges à l'administration en matière contentieuse.

§ 2. — Le droit des Länder (Landesrecht) : privilège judiciaire et juridiction des conflits.

Lorsque la loi impériale d'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz) fut discutée, la plupart des Etats membres de l'Empire avaient déjà institué des juridictions des conflits, chargées de juger les conflits positifs et négatifs, au sens français des termes (7). Aussi ils protestèrent contre l'exclusivité du principe de l'autorité de la chose jugée judiciaire et ils demandèrent à conserver leurs Cours des conflits (Kompetenzkonfliktgerichtshöfe) (8). L'autorisation leur

(7) En allemand : positiver Kompetenzkonflikt et negativer Kompetenzkonflikt.

(8) Voir O. MAYER, édition française 1903, I, p. 286 ; FLEINER, trad. EISENMANN, 1933, p. 22 et FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 106.

fut accordée par le § 17, alinéa 2, de la loi impériale d'organisation judiciaire et elle fut, bien entendu, largement utilisée (9).

Ainsi, avant 1945, le droit des Länder se caractérisait par la combinaison de deux institutions : le privilège judiciaire de l'autorité de la chose jugée et le jugement des conflits positifs et négatifs par une cour de type arbitral. Un tel système était assez proche du système français. Il présentait cependant deux différences : l'une tenait au manque de réciprocité du principe de l'autorité de la chose jugée, l'autre tenait au particularisme des Cours des conflits.

Le manque de réciprocité du principe de l'autorité de la chose jugée n'entraînait pas des conséquences aussi importantes que dans le droit d'Empire. En effet, cette règle ne s'appliquait pas aux déclarations d'incompétence puisqu'une procédure de jugement des conflits avait été organisée. Elle ne s'appliquait qu'aux déclarations de compétence. Encore faut-il remarquer que le droit de l'administration d'élever des conflits en réduisait singulièrement la portée : lorsque le tribunal ordinaire était saisi d'un litige pour lequel un tribunal administratif s'était déjà reconnu compétent, il pouvait sans doute se déclarer compétent : l'administration ne pouvait pas soulever l'exception de chose jugée, comme cela est possible en France ; mais elle pouvait élever un conflit positif et porter celui-ci devant une Cour des conflits.

Quant au particularisme des Cours des conflits (*Kompetenzkonfliktgerichtshöfe*), il résultait du fait suivant : les tribunaux administratifs ne rendaient pas seuls la justice administrative ; ils en partageaient l'exercice avec l'administration active. Pour cette raison, les Cours des conflits des divers Länder étaient composées moitié par des juges civils, moitié par des administrateurs actifs ; seules la Bavière et la Hesse faisaient siéger des juges administratifs pour représenter le « pouvoir administratif » (10). Pour cette raison également, la Cour des conflits, en confirmant un conflit positif, ne se contentait pas de retirer le procès au juge qui présentait le plus de garantie, le juge civil, mais encore, bien souvent, elle le confiait à l'administration elle-même, qui était alors à la fois juge et partie. Ainsi, par leur composition et par leur rôle, les Cours des conflits allemandes différaient assez profondément du Tribunal des conflits français.

Si l'on ajoute que ces Cours de Conflits étaient multiples et que chacune ne pouvait intervenir que dans les conflits opposant juridictions ou administrations d'un même Land, on comprend qu'elles

(9) Voir la liste de ces juridictions des conflits dans FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 106, note 3.

(10) Voir JELLINEK (W.), 3^e éd., p. 56.

ne jouissaient pas d'une autorité comparable à celle du Tribunal des conflits français. De fait, le Tribunal d'Empire, qui avait l'avantage d'être l'unique juridiction à l'échelon national, n'a pas hésité, à plusieurs reprises, à s'opposer violemment à ces Cours des conflits et à étendre malgré elles le domaine de la justice ordinaire. Depuis la disparition de la plupart d'entre elles, l'autorité de leur jurisprudence n'est plus guère invoquée.

CONCLUSION DE LA SECTION

Ainsi, avant 1945, les procédures allemandes de répartition des compétences se caractérisaient par l'effacement total des tribunaux administratifs et par la prééminence de fait et de droit du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) sur les Cours des conflits (Kompetenzgerichtshöfe) des divers Länder.

SECTION II

LES PROCÉDURES DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES CINQ ORDRES DE JURIDICTIONS DEPUIS 1945

BIBLIOGRAPHIE : 1° relative au § 1 : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, 6^e éd. 1956, pp. 107 à 110. — ROSENBERG, *Zivilprozessrecht*, 6^e éd. 1954 pp. 43 à 46. — BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung, Kurz-Kommentar*, 24^e éd. 1956; voir le commentaire du § 17 G V G. (loi d'organisation judiciaire) que cet ouvrage contient. — On trouvera quelques indications dans : VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1956, pp. 46 à 48. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht I*, 1^{re} éd. 1956 pp. 62 et 63. — EYERMANN-FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz* (Kommentar), 1951, p. 86. — ULE, *Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht* (Kommentar), 1953, § 25. — BETTERMANN, *Verweisung, Kompetenzkonflikt und Rechtskraft*, in JZ. 1957, p. 321. — SIEBERT in SOERGEL, *Kommentar zum B G B (Bürgerliches Gesetzbuch)*, 8^e éd., tome I, 1952, p. 11. — 2° relative au § 2 : PETERS-SAUTTER-WOLFF, *Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit*, 1953; voir le commentaire du § 52 Soz G G. — DERSCH-VOLKMAR, *Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar*, 1955, 6^e éd. (édition qui n'est plus à jour); voir le commentaire du § 1 Arb G G., p. 37. — Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (Verw. G O. Entw.), *Deutscher Bundestag*, 1. Wahlperiode 1949, Drucksache Nr 4278, p. 34.

Depuis les réformes juridictionnelles des années 1946-1953, le problème de la répartition des compétences ne se pose plus dans les mêmes termes.

Tout d'abord, les tribunaux administratifs sont aujourd'hui compétents pour apprécier la légalité de toutes les décisions administratives. Par conséquent, le problème de la répartition des compétences entre la justice ordinaire et l'administration est devenu celui de la répartition des compétences entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs.

D'autre part, trois nouveaux ordres de juridictions sont apparus : les tribunaux du travail, les tribunaux sociaux et les tribunaux financiers. Les procédures de répartition des compétences n'intéressent donc plus les seules juridictions administratives et judiciaires; elles concernent également les autres ordres de juridictions.

Enfin, désormais, les cinq ordres de juridictions appartiennent tous au pouvoir judiciaire : dans un tel système, l'intervention de l'administration active lors de la vérification des compétences prend un caractère insolite. De plus, les cinq ordres de juridictions sont devenus égaux en droits : la prééminence de l'un quelconque d'entre eux apparaît un vestige du passé que rien ne justifie plus.

Quoique les données du problème aient été ainsi complètement bouleversées, la réglementation allemande comporte de nombreux éléments anciens.

A cet égard, il est nécessaire de distinguer suivant les juridictions en cause; car deux grandes réglementations coexistent. La première réglementation intéresse les rapports entre les tribunaux civils, d'une part, et les tribunaux administratifs ou financiers, d'autre part. Extrêmement complexe, elle est encore fortement marquée par la tradition. La deuxième réglementation est l'œuvre des lois de 1953 relatives aux tribunaux du travail et aux tribunaux sociaux. Elle intéresse la répartition des compétences entre les tribunaux du travail et les tribunaux sociaux et la répartition des compétences entre ceux-ci et les autres ordres de juridictions. Ces lois de 1953 posent des règles entièrement nouvelles, qui préfigurent le système de l'avenir, un système qui sera applicable à toutes les vérifications de compétence.

A côté de ces deux grandes réglementations, il existe deux réglementations particulières. L'une concerne les rapports entre les tribunaux civils et les tribunaux du travail; l'autre concerne les rapports entre les tribunaux administratifs et les tribunaux financiers. Elles n'intéressent pas, même indirectement, le problème de la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires. Nous ne les étudierons pas.

§ 1. — Les procédures de répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs (ou financiers).

Le régime antérieur à 1945 se caractérisait par le dualisme du droit applicable à notre matière. Faute de législation fédérale unifiant les systèmes, droit fédéral et droits des Länder résolvent chacun leurs propres problèmes.

I. — LE DROIT FÉDÉRAL (BUNDESRECHT).

Comme le droit impérial, le droit fédéral refuse à l'administration fédérale le droit d'élever des conflits à l'encontre des déclarations de compétence des tribunaux judiciaires. L'administration mécontente d'être citée devant un tribunal civil peut seulement soulever l'exception d'incompétence et se pourvoir en révision devant la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) ; les décisions de cette dernière ont donc la même importance que celles de son prédécesseur, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht). Ce système contraste nettement avec celui du droit français où la Cour de cassation n'a pratiquement jamais à se prononcer sur une exception d'incompétence soulevée par l'administration, puisque celle-ci a la possibilité de saisir le Tribunal des conflits.

En revanche, le législateur fédéral a élaboré en faveur du Tribunal administratif fédéral des règles nouvelles.

En premier lieu, l'autorité de la chose jugée est reconnue aux déclarations de compétence et aux déclarations d'incompétence du Tribunal administratif fédéral. Le § 25 de la loi du 25 septembre 1953 dispose : « Le Tribunal administratif fédéral décide de la recevabilité de la plainte devant les tribunaux administratifs. Si cependant une décision définitive d'un autre tribunal a déjà admis la recevabilité de la plainte devant les tribunaux de son ordre, cette décision lie le Tribunal administratif fédéral. » Ce § 25 est la réplique du § 17 de la loi d'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz). Le principe de l'autorité de la chose jugée devient réciproque et cesse d'être un privilège des tribunaux judiciaires dans le cas où le Tribunal administratif fédéral a tranché lui-même une question de compétence.

De plus, le § 81 de la loi du 23 septembre 1923 a institué la procédure du « renvoi » (Verweisung), qui vise à prévenir les conflits négatifs de compétence. Il oblige tous les tribunaux fédéraux supérieurs, et notamment la Cour fédérale, le Tribunal administratif

fédéral et la Cour fédérale des finances, à désigner le tribunal compétent en première instance lorsqu'ils estiment incompétents les tribunaux de leur ordre. Les tribunaux désignés par cette décision de « renvoi » sont tenus de se déclarer compétents et de trancher l'affaire au fond.

Cette solution originale nous semble très heureuse. Le système français lui est très inférieur. Il est un peu ridicule d'obliger le plaideur à saisir le Tribunal des conflits lorsqu'une juridiction suprême a décliné sa compétence et qu'un tribunal inférieur d'un autre ordre refuse de s'incliner. Il est vrai qu'il s'agit là d'une hypothèse assez rare.

II. — LES DROITS DES LÄNDER.

Le régime antérieur était pratiquement le même dans tous les Länder : des Cours des conflits chargées de trancher les conflits positifs et négatifs fonctionnaient partout. Depuis 1945, ce système a été complètement bouleversé. En Allemagne du Nord, le principe de l'autorité de la chose jugée a été étendu aux décisions des tribunaux administratifs et les Cours des conflits ont été supprimées. En Allemagne du Sud, la réglementation de la loi impériale d'organisation judiciaire est toujours applicable, mais les Cours des conflits n'ont été rétablies qu'en Bavière.

A. — *Le droit des Länder d'Allemagne du Nord.*

Dans les Länder d'Allemagne du Nord et à Berlin, les lois relatives aux tribunaux administratifs ont rendu réciproque le principe de l'autorité de la chose jugée et aucune loi n'est venue instituer des juridictions des conflits.

Les §§ 28 de l'ordonnance nord-allemande n° 165 et 25 de la loi de Berlin contiennent des dispositions analogues à celles figurant au § 25 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral. Tous deux attribuent aux tribunaux administratifs le droit de décider eux-mêmes de leur compétence, droit qui était réservé jusqu'à présent aux tribunaux civils.

Cependant, contrairement aux règles fédérales, le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas à toutes les décisions relatives à la répartition des compétences. A cet égard, il convient de distinguer entre les déclarations de compétence et les déclarations d'incompétence.

L'autorité de la chose jugée bénéficie certainement aux déclarations de compétence émanant tant des tribunaux civils que des tribu-

naux administratifs, car aucune autre procédure n'est prévue. Ainsi c'est le tribunal saisi le premier qui, en se reconnaissant compétent, tranche une fois pour toutes la question. Aucune juridiction des conflits ne peut intervenir et les deux juridictions suprêmes, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) et le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) tranchent toutes deux souverainement les questions de répartition des compétences. Un tel système n'est satisfaisant que si elles parviennent à coordonner leurs jurisprudences.

En revanche, il semble qu'en Allemagne du Nord, le principe de l'autorité de la chose jugée ne soit pas applicable aux décisions d'incompétence. En effet, les §§ 28 et 25 des lois précitées ne prévoient pas expressément l'application de ce principe et ils organisent au contraire une procédure de jugement des conflits négatifs. Dans les cas où « un tribunal administratif et un tribunal ordinaire ont tous deux décliné leur compétence pour le motif que les tribunaux de l'autre ordre étaient compétents », l'une des parties au procès peut mettre en mouvement une procédure de jugement des conflits. Dans les provinces relevant de l'ordonnance nord-allemande 165, le tribunal chargé du jugement de ces conflits était le Tribunal allemand suprême pour la zone britannique; comme celui-ci n'existe plus, un tel conflit doit être tranché par la Cour fédérale (Bundesgerichtshof), qui est son successeur (11); cette solution est peu satisfaisante puisque ce tribunal est purement judiciaire. A Berlin, le système adopté est inverse : le juge des conflits est le Tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht) de Berlin.

Pour la solution de tels conflits négatifs, on peut aussi penser à faire intervenir l'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale (Grundgesetz) qui énonce : « Si quelqu'un a été lésé dans ses droits par la puissance publique, le recours au juge est toujours possible. Si aucun autre juge n'est compétent, le juge ordinaire peut être saisi. » Nous aurons l'occasion d'étudier plus à fond cette disposition qu'il suffit de mentionner ici (12).

B. — Le droit des Länder d'Allemagne du Sud.

Dans ces Länder, le texte applicable en la matière est le vieux § 17 de la loi d'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz). Mais seule la Bavière a conservé son ancienne Cour des conflits, si bien que deux systèmes coexistent en Allemagne du Sud.

(11) Voir la décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) du 24 février 1956, NJW. 1956, 630. — Voir également FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 109.

(12) Voir le chapitre III, section II, pp. 84 et suiv.

a) *Le droit des Länder d'Allemagne du Sud autres que la Bavière.*

En Hesse, en Bade-Wurtemberg, en Rhénanie-Palatinat et en Sarre, aucune Cour des conflits n'a été rétablie depuis 1945. Comme les lois relatives aux tribunaux administratifs sont muettes en ce domaine, les juristes allemands concluent que seules les décisions judiciaires relatives à la compétence ont autorité de chose jugée. Ce principe est applicable tant aux déclarations de compétence qu'aux déclarations d'incompétence. C'est exactement le système du vieux droit impérial.

Cette réglementation vieillie est critiquée par tous les auteurs allemands (13). Sans doute, le plaideur est-il sûr de trouver un juge. Mais elle consacre une subordination des tribunaux administratifs que rien ne justifie plus. Lorsqu'un tribunal civil inférieur contredit la décision d'un tribunal administratif supérieur, le défendeur a pour seule ressource de faire appel au bon sens du tribunal civil supérieur, et d'aller, s'il le faut, jusque devant la Cour fédérale (Bundesgerichtshof). En Allemagne du Sud, la seule juridiction souveraine en matière de répartition des compétences est donc la Cour fédérale (Bundesgerichtshof).

b) *Le droit de la Bavière.*

En Bavière, la Cour des conflits (Kompetenzkonfliktgerichtshof) a été rétablie (14). Le système antérieur fonctionne donc à nouveau. Il semble cependant que cette Cour soit très peu active et il est très rare de trouver une décision de conflit dans les recueils de jurisprudence. Peut-être est-ce parce que les conflits opposant exclusivement des juridictions ou des administrations d'un même Land sont rares. Quoi qu'il en soit, le régime de la Bavière est, en fait, très voisin de celui des autres Länder d'Allemagne du Sud.

Telles sont les diverses procédures de répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs (financiers). Quoique ces solutions soient très variées, elles ont cependant pour point commun d'exclure presque totalement l'intervention de juridictions des conflits et de confier aux juridictions fédérales, principalement à la Cour fédérale (Bundesgerichtshof), le contrôle de la répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs.

(13) Voir, par exemple, FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 109.

(14) En Bavière, Gesetz (loi) Nr 124 du 11.5.1948, in G V Bl. p. 83 et in ZIEGLER *Verwaltungsgesetze - Bayern*, 4^e éd. 1956. — En Bade du Sud, Gesetz (loi) du 7.9.1948 in G V Bl. p. 154 et en Wurtemberg-Holzollern, Rechtsanordnung (ordonnance) 20.8.1946 in Amtsblatt, p. 236 ; les juridictions des conflits de Bade du Sud et de Wurtemberg-Holzollern ne fonctionnent plus depuis que ces deux provinces ont été absorbées par le nouveau Bade-Wurtemberg.

§ 2. — Les procédures de répartition des compétences entre les tribunaux du travail ou sociaux et les autres tribunaux.

Ces procédures sont extrêmement récentes puisqu'elles ont été instituées par les lois du 3 septembre 1953 relatives l'une aux tribunaux du travail, l'autre aux tribunaux sociaux (15). Leur intérêt déborde le cadre de la répartition des compétences entre ces juridictions spéciales et les autres, car elles préfigurent les solutions futures relatives à la répartition des compétences entre les cinq ordres de juridictions.

L'idée de départ est très simple : c'est à la juridiction saisie la première de résoudre définitivement la question de compétence. Cette idée inspire tant les règles applicables aux déclarations de compétence que les règles applicables aux déclarations d'incompétence (16).

I. — LES RÈGLES APPLICABLES AUX DÉCLARATIONS DE COMPÉTENCE.

L'idée de départ est parfaitement mise en œuvre par le respect pur et simple de la chose jugée : selon ce principe, aucune juridiction ou administration ne peut contester la compétence d'un tribunal qui s'est reconnu compétent et a jugé au fond. Les juristes allemands appellent cette règle celle de la priorité (*Prioritätsprinzip*).

Cette règle exclut radicalement toute contradiction entre deux décisions juridictionnelles relatives à la compétence. En effet, ou bien le tribunal du travail (ou le tribunal social) est saisi en premier de l'affaire et juge au fond après s'être reconnu compétent; auquel cas les tribunaux des autres ordres doivent respecter ce jugement, même si celui-ci semble avoir été rendu par une juridiction incompétente. Ou bien le tribunal du travail (ou social) est saisi en second d'un litige jugé au fond par le tribunal d'un autre ordre; auquel cas il doit décliner sa compétence, même si ce jugement semble émaner d'une juridiction incompétente.

Un tel système rend inutile toute procédure d'élévation des conflits avec ses injustices et ses lenteurs. En revanche, il ne permet pas de redresser les empiètements de compétence, ni d'établir une jurisprudence cohérente en matière de partage des compétences : le législateur s'en remet complètement à l'esprit de discipline et de sagesse du tribunal saisi en premier et de la juridiction de révision qui le contrôle.

(15) Arb. G G. et Soz. G G. du 3 septembre 1953.

(16) § 48a Arb. G G., § 52 Soz. G G.

II. — LES RÈGLES APPLICABLES AUX DÉCLARATIONS D'INCOMPÉTENCE.

Dans le cas où la juridiction saisie s'estime incompétente, l'idée que la question de compétence doit être résolue une fois pour toutes est plus difficile à mettre en œuvre du fait que le choix entre l'un des autres ordres de juridictions est souvent assez délicat et que la liberté de choix du plaideur doit être respectée. Deux procédures ont dû être imaginées pour résoudre ce problème.

Ou bien le plaideur désire que la juridiction compétente soit déterminée immédiatement et irrévocablement; auquel cas la juridiction la première saisie (le tribunal social ou le tribunal du travail en l'espèce) désignera le tribunal compétent et celui-ci sera tenu de juger au fond. C'est la procédure du « renvoi » (*Verweisung*) que nous avons rencontrée au profit des juridictions fédérales, et qui est étendue ici à tous les tribunaux inférieurs (17).

Ou bien le plaideur désire conserver le droit de choisir lui-même la juridiction qu'il va saisir. Dans ce cas, la déclaration d'incompétence de la juridiction saisie à tort lie les juridictions des autres ordres, mais seulement dans la mesure où ces dernières voudraient se déclarer compétentes pour le motif que la juridiction saisie en premier était en fait compétente. Cette solution correspond à l'application de l'autorité de la chose jugée aux décisions d'incompétence. Elle est moins parfaite que la précédente; on peut imaginer, par exemple, qu'un tribunal du travail se reconnaisse incompétent pour le motif qu'un tribunal social est compétent, et que celui-ci décline à son tour sa compétence pour le motif que les tribunaux administratifs sont compétents. Du moins laisse-t-il la liberté d'agir au plaideur.

La réglementation relative aux déclarations d'incompétence évite au plaideur d'aller devant trois juridictions successives, au moins, avant de connaître son juge, comme cela se passe en France. En revanche, pas plus que la réglementation applicable aux déclarations de compétence, elle ne permet de redresser les erreurs des juridictions saisies ni d'élaborer une jurisprudence cohérente, c'est-à-dire compréhensible pour le plaideur.

Telles sont les diverses procédures qui assurent la répartition des compétences entre les tribunaux du travail et les tribunaux sociaux et entre ceux-ci et les tribunaux des autres ordres.

Selon le projet fédéral de codification des règles relatives aux tribunaux administratifs, ces procédures seraient étendues à toutes les

(17) Voir *supra*, p. 53.

juridictions, notamment civiles et pénales, administratives et financières (18).

Un tel système présentera sur celui du droit français l'immense avantage d'éviter l'intervention de l'administration lors de la vérification des compétences, et, également, celui d'accélérer la solution des questions de compétence. Mais il présentera l'indéniable infériorité de confier ce contrôle non plus à une juridiction prédominante, mais à cinq juridictions indépendantes, les tribunaux fédéraux supérieurs. La jurisprudence en la matière, qui est surtout l'œuvre du Tribunal d'Empire et de son successeur la Cour fédérale, ne conservera son unité que si les juridictions suprêmes collaborent spontanément entre elles ou si le législateur institue une procédure d'arbitrage susceptible de les départager.

(18) § 39, Verw. G O. Entwurf.

DEUXIÈME PARTIE

LA NATURE DU DROIT APPLICABLE

PRINCIPE DE RÉPARTITION

DES COMPÉTENCES

ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS

ET LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

Cette partie est consacrée au principe qui domine la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs : aux premiers, les litiges de droit civil; aux seconds, les litiges de droit public (non constitutionnel).

Elle envisage successivement : l'affirmation du principe lui-même par le droit allemand; les exceptions au principe, notamment l'attribution aux tribunaux civils du contentieux civil par analogie et par tradition, et l'attribution aux tribunaux civils du contentieux de l'indemnisation de droit public, enfin, les restrictions apportées au principe par les règles relatives aux questions préjudicielles.

CHAPITRE III

L’AFFIRMATION DU PRINCIPE : LA NATURE DU DROIT APPLICABLE, TITRE GENERAL DE COMPETENCE DES TRIBUNAUX CIVILS ET ADMINISTRATIFS

En France, sous l’Ancien Régime, les juridictions judiciaires étaient, en principe, compétentes pour connaître de tous les litiges, même ceux mettant en cause l’administration du Roi, mais, en fait, ce dernier supportait fort mal les prétentions de ces juridictions, et il avait dû créer de nombreuses juridictions administratives spéciales.

Lorsque vint la tourmente révolutionnaire, les législateurs se rappelèrent l’hostilité traditionnelle opposant la justice et l’administration. Aussi, afin de protéger l’œuvre révolutionnaire, ils interdirent aux tribunaux ordinaires « de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » et de « connaître des actes d’administration de quelque espèce qu’ils soient » (1). Cette interdiction était très large puisqu’un arrêté du Directoire du 2 germinal an V qualifiait d’actes administratifs dans le sens des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III « toutes les opérations qui s’exécutent par les ordres du gouvernement, par ses agents immédiats, sous sa surveillance et avec les fonds fournis par le Trésor public ». Primi-

(1) Loi des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III.

tivement, les tribunaux judiciaires ne pouvaient pas connaître de la moindre affaire mettant en cause l'administration.

La loi des 27 avril et 25 mai 1791 confia au Conseil des ministres « l'examen des difficultés et la discussion des affaires dont la connaissance appartient au pouvoir exécutif » (alinéa 1^{er}) ainsi que « la discussion des motifs qui peuvent nécessiter l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs et la suspension de leurs membres, conformément à la loi » (alinéa 2).

La Constitution de l'an VIII transféra ces attributions à un organisme mi-administratif, mi-législatif qu'elle créait : le Conseil d'Etat; l'article 52 de celle-ci disposait : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »; l'article XI de l'arrêté du 5 nivôse an VIII précisait : « Le Conseil prononce sur les conflits ou affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. » Primitivement, la réglementation de l'an VIII différait fort peu de celle de l'époque révolutionnaire : l'ensemble des affaires contentieuses mettant en cause l'administration demeurait confié à un organe administratif supérieur.

Mais au cours du premier tiers du XIX^e siècle une remarquable évolution se produisit. Les règles d'organisation du Conseil d'Etat et celles de sa compétence évoluèrent parallèlement et le Conseil d'Etat devint une véritable juridiction spécialisée dans l'application du droit administratif (2).

A l'origine, le Conseil d'Etat était un simple conseil administratif. Mais dès 1806, une section spéciale du contentieux fut créée dans son sein et en 1831 la plupart des formes juridictionnelles furent adoptées pour la discussion des affaires contentieuses : le Conseil d'Etat statuant au contentieux était devenu une véritable juridiction.

En même temps que le caractère juridictionnel du Conseil d'Etat s'affirmait, le domaine de sa compétence se réduisait au profit des tribunaux judiciaires, de telle façon que le Conseil d'Etat, juge d'exception, devenait une juridiction spécialisée dans l'application du droit administratif : son titre général de compétence qui était autrefois la mise en cause de l'administration, devenait l'application d'un droit spécial, le droit administratif.

(2) Cette double évolution est magistralement décrite par H. BERTHÉLÉMY dans son *Traité de droit administratif*, 11^e éd. 1926, pp 17 à 29. Sur l'évolution des règles d'organisation, voir également les *Cours de contentieux administratif* de Mme BASTID, 1954-1955, pp. 5 à 72, et de M. ODENT, 1953-1954, I, pp. 20 à 32. Sur l'évolution des règles de compétence, voir également CHAPUS, *Responsabilité publique, responsabilité privée*, 1^{re} éd. 1954, pp. 63 à 107.

L'initiative de cette rupture avec l'interprétation gouvernementale de la séparation des pouvoirs donnée par l'arrêté du 2 germinal an V semble revenir aux juges judiciaires. Dès le 15 prairial an XII (1804), Merlin, procureur général près le tribunal de cassation, revendiquait la connaissance des contestations nées à propos de l'exécution d'un contrat de droit civil passé entre une commune et un particulier. Il s'exprimait ainsi : « Il existe une concession émanée du Conseil municipal de la commune d'Anoud, et cette concession est un acte administratif que les tribunaux ne peuvent pas réformer. Cette concession est un acte administratif ? Ce sont donc aussi des actes administratifs que les baux par lesquels les Conseils municipaux afferment les biens de leurs communes ? Ce sont donc aussi des actes administratifs que les transactions par lesquelles les Conseils municipaux après s'y être fait autoriser par l'administration supérieure terminent les procès qui intéressent les communes ? Ce sont donc aussi des actes administratifs que les contrats quelconques dans lesquels les Conseils municipaux traitent et stipulent au nom de leurs communes ? Et si ces baux, ces transactions, ces contrats donnent lieu à des contestations, le pouvoir judiciaire ne pourra donc pas en connaître ? Ce sont là, il faut en convenir, des idées nouvelles, parlons plus juste, des idées bizarres qui répugnent à toutes les notions reçues, qui révoltent le bon sens » (3). Le Tribunal de cassation suivit Merlin. Le Conseil d'Etat lui-même ne tardait pas à rompre à son tour avec les directives de l'arrêté de l'an V pour adopter la solution de la jurisprudence judiciaire et il posait bientôt la règle que toute l'activité de droit privé de l'administration était soumise à la juridiction des tribunaux civils.

Ainsi, dès la Monarchie de Juillet, le Conseil d'Etat était devenu une véritable juridiction, et le titre général de sa compétence n'était plus la qualité de l'une des parties au litige, mais la nature du droit applicable. Ces deux évolutions parallèles avaient fait d'un organe administratif à compétence générale une juridiction de droit commun spécialisée dans l'application du droit administratif.

En Allemagne, la juridiction administrative actuelle n'est pas issue d'organes administratifs à compétence générale, mais de tribunaux administratifs à compétence limitée. C'est pourquoi jusqu'en 1945, date à laquelle la juridiction administrative a acquis un titre de compétence générale, la distinction des droits privé et public n'avait

(3) Ce texte très célèbre se trouve reproduit dans BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, p. 24, et CHAPUS, *Responsabilité publique*, 1^{re} éd. 1954, p. 67.

(4) Il est vrai que cette règle dut composer avec celle dite de l'Etat débiteur jusqu'en 1873 (arrêt Blanco).

pas la même signification qu'en France : son rôle principal était de répartir les affaires entre la justice ordinaire et les autorités administratives et c'est seulement très accessoirement qu'elle commandait la répartition des compétences entre les deux catégories de juridictions. Depuis 1945, au contraire, la nature du droit applicable au litige détermine exclusivement les compétences respectives des juridictions administratives et judiciaires, résultat auquel parvint le droit français dès la Monarchie de Juillet.

SECTION PREMIÈRE

AVANT 1945 : LA NATURE DU DROIT APPLICABLE PRINCIPE DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE L'ADMINISTRATION ET LA JUSTICE

BIBLIOGRAPHIE : MAYER (Otto), *Le droit administratif allemand*, édition française 1903, I, pp. 23 à 82 et 276 à 279; *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2^e édition allemande 1914 I, pp. 25 à 64 et 178 à 182. — FLEINER, trad. EISENMANN, 1933, pp. 25 à 33 et 15 et 16. — JELLINEK (Walter), 3^e éd. 1931, pp. 30 à 98 et 45 à 47.

En tout temps, l'administration allemande a été très largement soumise au droit civil et justiciable, dans cette mesure, des tribunaux ordinaires.

Quant aux activités de l'administration qui n'étaient pas régies par le droit civil, elles ont échappé à tout contrôle juridictionnel jusqu'en 1871, et elles n'y ont été soumises que partiellement entre 1871 et 1945. C'est pourquoi il est légitime de dire que, pendant toute cette période, la nature du droit applicable à une affaire déterminée délimitait les domaines respectifs de la justice et de l'administration.

§ 1. — Avant 1871 : la nature du droit applicable, principe de distinction des litiges avec et sans juge.

Autrefois, seuls les litiges de droit civil étaient tranchés par de véritables juridictions; car les litiges de droit public, opposant un particulier à l'administration, ressortissaient à l'administration active, qui était ainsi juge et partie. C'était le système de l'administration souveraine, ou de l'Etat de police (5); il s'est établi au début du

(5) En allemand : Polizeistaat.

XVIII^e siècle et a duré, sur le plan juridictionnel du moins, jusqu'en 1871 (6).

Otto Mayer caractérisait fort bien ce régime lorsqu'il écrivait : « Dans cette période de régime de police, il existe bien un droit civil, un droit pénal, un droit de procédure, en un mot, un droit de justice; (mais) il n'existe pas, pour l'administration, de règlements qui soient obligatoires pour l'autorité vis-à-vis du sujet : *il n'y a pas de droit public* » (7). Il dénonçait en effet « l'euphémisme des docteurs » qui attribuaient à des « normes unilatéralement obligatoires » selon le mot de Ihering, le caractère de règles de droit. Et, en note, il ajoutait, à notre citation : « De là, la profonde différence entre les affaires de justice et les affaires d'administration, différence que notre ancienne littérature cherch(ait) avec tant de peine à fixer. Ce n'est pas pour l'époque, une simple question de compétence; il s'agit de savoir si l'affaire doit être traitée selon des principes de droit ou d'après l'opportunité seule » (8).

Otto Mayer accordait une très grande importance à la correction qui avait été apportée à ce système de l'administration souveraine; il la présentait dans les termes que voici : « En revanche, le droit civil et la juridiction civile prennent (à cette époque) un essor prodigieux; s'occupant, dans une large mesure, des relations entre l'Etat et le sujet, ils remplissent les lacunes que cet état du droit administratif présenterait pour la conscience publique » (9). Voilà qui est très important : dès les origines de l'époque contemporaine, il est admis que l'administration est régie tantôt par le droit civil, tantôt par le droit public. Sans doute en a-t-il été de même en France dès les premières décades du XIX^e siècle, mais l'application du droit commun à l'activité de l'administration a longtemps fait figure d'exception, quoiqu'elle ne fût pas inconnue de l'Ancien Régime.

En Allemagne, cette soumission partielle de l'administration au

(6) Sur le plan politique, en effet, le principe de l'administration souveraine a été abandonné au cours des années 1815-1850, à la suite de l'octroi par les Princes de constitutions instaurant un contrôle plus ou moins poussé de la représentation populaire sur l'exécutif. Voir, par exemple, BENDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1956, 2^e éd., pp. 33 à 41.

(7) O. MAYER, édition française, I, p. 52.

(8) O. MAYER, édition française, I, p. 53. Cette idée n'est d'ailleurs pas propre à cet éminent auteur comme en témoigne le vocabulaire juridique allemand de cette époque. En effet, jusqu'en 1945, on ne disait pas compétence des tribunaux judiciaires et compétence des tribunaux administratifs, mais « admissibilité et inadmissibilité de la voie de droit » (*Zulässigkeit und Unzulässigkeit des Rechtswegs*). C'est seulement depuis 1945 que l'on dit « admissibilité de la voie de droit ordinaire » (*Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs*) et « admissibilité de la voie de droit administratif » (*Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs*).

(9) O. MAYER, édition française, I, p. 53.

droit civil, était très ancienne : Otto Mayer la fait remonter à l'époque où les princes allemands n'avaient pas encore conquis leur pleine souveraineté et il fait remarquer que la distinction « selon que le prince était assigné comme prince ou comme *privatus* » est « un des points où la distinction entre le droit public et le droit civil a commencé à percer » (10).

Cette soumission partielle de l'administration au droit civil a pris une importance et une ampleur extraordinaires dans les trois premiers quarts du XIX^e siècle, du fait que c'était là le seul moyen de donner à l'administré un juge. C'est pourquoi les juristes allemands n'ont jamais considéré cette institution comme une simple exception au principe de l'administration régie par un droit spécial, comme l'ont fait certains juristes français du début du XX^e siècle.

Les cas de soumission de l'administration au droit civil furent multipliés au-delà de la normale par l'application d'une théorie très ingénieuse, celle du *Domaine (Fiskus)* (11).

Il est nécessaire d'exposer cette théorie dès maintenant, car elle n'intéresse pas seulement la distinction allemande des droits privés et public, mais elle est également à l'origine des principales exceptions au principe même de la répartition des compétences selon la nature du droit applicable (chapitre IV).

L'origine historique de cette théorie est assez curieuse. Dans l'ancien droit allemand, l'administration impériale chargée de percevoir les droits fiscaux et domaniaux de l'Empereur du Saint Empire romain germanique s'appelait le *Domaine (Fiskus)* et jouissait d'une personnalité morale propre. A la faveur de la décadence de l'ancien Empire d'Allemagne, ces droits fiscaux et domaniaux furent revendiqués avec succès par les princes territoriaux et absorbés dans les prérogatives de leur souveraineté naissante. En revanche, les administrations chargées d'administrer ces droits et de représenter le prince dans toutes ces affaires concernant la fortune publique conservèrent leur personnalité propre, distincte de celle que l'Etat se vit reconnaître peu après.

(10) O. MAYER, édition française, I, p. 53.

(11) En traduisant *Fiskus* par *Domaine*, et non par *fisc*, nous rompons avec la tradition. Nous ne l'avons fait qu'après mûre réflexion. Selon nous, notre traduction présente le très grand avantage de suggérer l'idée française de domaine privé qui est très proche et de ne pas évoquer celle d'administration percevant les impôts qui y est étrangère. De plus nous verrons dans la troisième partie, que l'expression « *fiskalische Verwaltung* » est employée de nos jours pour désigner une administration régie par le droit privé et gérant les intérêts privés de l'Etat. En traduisant *Fiskus* par *Domaine*, il sera possible de traduire « *fiskalische Verwaltung* » par administration domaniale, alors qu'il n'eût pas été possible de parler d'administration fiscale.

On eut alors l'idée de soumettre cette administration du Domaine (Fiskus) au droit civil et à la juridiction civile. C'est là une idée très proche, au départ, de la vieille distinction française entre l'Etat-personne et l'Etat-puissance publique. Citons encore Otto Mayer : « Le Domaine (Fiskus) est, par sa nature, « l'homme privé ordinaire » ; en administrant sa fortune, il est soumis au droit civil, il dépend de la juridiction civile. L'Etat proprement dit n'a pas de fortune, en revanche, il a la puissance publique, le droit général de commandement. Le Domaine (Fiskus) est sujet comme les autres. L'Etat lui commande, lui impose des charges, le contraint au paiement comme les autres sujets. L'Etat ne peut pas être soumis aux tribunaux et le droit civil ne le concerne pas » (12).

Mais ce qui est propre à la théorie allemande, c'est qu'« il ne s'agit pas ici de rapports divers d'un seul et même être ; il ne s'agit pas seulement de deux côtés, de deux fonctions de l'Etat » mais de « deux personnes morales distinctes, produits d'une division juridique de l'Etat » (13). Cette division, purement fictive, de l'Etat permettait d'appliquer le droit civil « même dans les cas où, d'après les règles qui régissent son application, il ne serait pas applicable tant qu'on s'en tient à l'unité et à l'individualité de la personne de l'Etat » (14).

Otto Mayer en fait la démonstration magistrale dans les développements suivants : « Lorsque l'Etat agit comme un particulier pourrait le faire, lorsqu'il achète, vend, prête ou emprunte, reçoit ou fait des donations, alors il ne nous paraît pas difficile de le soumettre aux règles du droit civil ; il ne commande pas, il se montre seulement du côté de ses intérêts, comme nous disons, et par là, il « se soumet au droit civil ». Mais si, vraiment, il se met à commander et à exercer la puissance publique, alors il n'est plus question d'appliquer le droit civil. Il faudrait, en effet, mettre plus de bonne volonté que n'en a un juriste pour trouver dans ce commandement son côté d'intérêts pécuniaires et pour imaginer de la part de celui qui commande, une soumission correspondante au droit civil. Comment le commandement pourrait-il faire naître en même temps vis-à-vis de l'Etat des droits d'ordre privé, c'est ce qui resterait inexplicable. Seule, l'ancienne doctrine du Domaine (Fiskus) a rendu ceci possible d'attacher, sans manquer à la logique, des effets de droit civil immédiatement aux actes de la puissance publique. Bien entendu, ce n'est pas sur l'Etat lui-même que portent ces effets, c'est sur le Domaine (Fiskus), qui

(12) O. MAYER, édition française, I, p. 58. Nous nous sommes permis de remplacer le mot *fisc* utilisé par l'auteur par celui de *Domaine*.

(13) O. MAYER, édition française, I, pp. 57 et 58.

(14) O. MAYER, édition française, I, p. 60.

est placé à côté de lui; le Domaine (Fiskus), ne figure pas dans l'acte de commandement, il n'y a donc pas de contradiction à le faire obliger civilement. Cette idée, avec toutes sortes de modalités, est appliquée aux différents actes du pouvoir. L'Etat exproprie le possesseur d'un immeuble, mais il impose en même temps au Domaine (Fiskus) la charge d'indemniser celui-ci par une somme d'argent. L'Etat, par la nomination du fonctionnaire, le soumet à une dépendance spéciale, mais en même temps ou même auparavant, le Domaine (Fiskus) conclut avec lui une convention, une convention de droit civil, par laquelle il s'engage à payer un salaire. L'Etat fait percevoir des contributions qui avaient déjà été payées, le Domaine (Fiskus) est censé avoir obtenu un enrichissement sans cause, il en doit la restitution d'après les principes de la *condictio indebiti*. D'une manière générale, toutes les fois que l'Etat, par sa puissance publique, impose à un individu un sacrifice spécial, le Domaine (Fiskus), en vertu d'une règle générale du droit civil, devient son débiteur d'une juste indemnité pour le paiement de laquelle on peut l'assigner devant le tribunal civil » (15).

Ainsi, la théorie allemande du Domaine (Fiskus) avait un effet à peu près inverse de la théorie française de l'Etat débiteur; toute l'action tendant à faire déclarer l'Etat débiteur pouvait être portée devant les tribunaux civils. Il va de soi que le caractère fictif de cette argumentation ne fit jamais de doute (16) et que cet expédient fut abandonné par la doctrine allemande dès l'apparition des premières juridictions administratives.

**§ 2. — 1871-1945 : la nature du droit applicable,
principe de distinction des affaires judiciaires
et des affaires ressortissant aux autorités
ou aux juridictions administratives.**

Au cours des années 1870-1880, un fait nouveau se produisit : l'apparition de juridictions administratives dans la quasi-totalité de l'Empire allemand. Le droit administratif cessait d'être un droit non sanctionné, mais il ne devenait pas pour autant un droit toujours sanctionné.

(15) O. MAYER, édition française, I, pp. 60 et 61. Le lecteur voudra bien nous excuser de la longueur inhabituelle de cette citation. Elle nous a semblé justifiée par l'intérêt exceptionnel que présente le témoignage de l'auteur le plus autorisé de cette époque.

(16) O. MAYER lui-même invoque le témoignage d'un auteur du milieu du XIX^e siècle dans une note de la page 58. tome I (édition française) : « PERROT,

En effet, presque nulle part, la compétence des nouveaux tribunaux administratifs ne s'étendit à la totalité des litiges de droit administratif (17). Seules les villes hanséatiques de Hambourg et de Brême confèrent à leurs tribunaux administratifs, créés à l'époque de Weimar, le jugement de tous les recours en annulation dirigés contre les décisions administratives et des « autres sortes de litiges de droit public » (18) (sonstige öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten). Dans toutes les autres parties de l'Allemagne, la compétence des tribunaux administratifs était limitée. Dans les unes, elle était limitée au type de recours le plus important, à savoir le recours en annulation d'une décision administrative (système dit de la clause générale : Generalklausel) (19). Dans les autres, elle était limitée à certaines questions énumérées par la loi : ainsi en Bade, elle était limitée aux litiges relatifs au droit de domicile, aux droits politiques, aux contributions spéciales, à l'agriculture, à la chasse, à la pêche, à l'utilisation des cours d'eau, au droit de vote, à la mise en état d'arrestation provisoire, à la cotisation aux caisses de pension des veuves, aux impôts d'Etat, à la nationalité et à l'indemnisation des dommages résultant des mesures de police (système dit de l'énumération : Enumerationsprinzip) (20). Dans d'autres, enfin, notamment en Prusse, un système dit mixte (gemischtes System) avait été adopté ; il se caractérisait par la possibilité d'intenter un recours en annulation contre toute mesure de police, au sens large du terme, et certains autres recours énumérés par la loi (21).

Du fait de cette détermination incomplète de la compétence des tribunaux administratifs, bien des affaires litigieuses de droit public

Verfassung Zuständigkeit und Verfahren der Gerichte der Preussischen Provinzen (1842) I, p. 174 : Puisque, vis-à-vis de la puissance de l'Etat, les membres de l'Etat sont sans protection, « on a eu recours à une heureuse fiction. On a créé l'idée du Domaine (Fisc) considéré comme une personne morale qui a vocation de procurer et d'administrer les moyens destinés au but de l'Etat. Cette personne morale... n'est pas elle-même souveraine; elle est soumise aux lois de l'Etat, comme tout autre personne physique ou morale, elle a donc à s'accommoder aux lois existantes. » La doctrine du Domaine (Fisc), (alors) dans toute sa vigueur, apparaît ici avec la conscience de son but pratique. »

(17) Sur les règles relatives à la compétence des anciens tribunaux administratifs, voir FLEINER, trad. EISENMANN, pp. 160 et 161, et surtout W. JELLINEK, 3^e éd., pp. 313 à 315.

(18) § 9 Hamburgisches Gesetz 2.1.1921 ; § 8 Bremisches Gesetz 6.1.1924.

(19) Ces pays étaient le Wurtemberg (art. 13 Ges. über die Verwaltungspflege 16.12.1876), la Thuringe et Lübeck.

(20) Les auteurs allemands citent toujours en exemple la loi badoise, car elle est la loi la plus ancienne et a servi souvent de modèle aux autres pays ; mais le duché de Bade se rallia par la suite au système mixte. En revanche, la Bavière et la Hesse y restèrent fidèles jusqu'en 1945.

(21) Outre la Prusse, ces pays étaient le Bade, et, jusqu'à un certain point, les deux Mecklembourgs.

demeuraient du ressort exclusif de l'administration active. En conséquence, la nature du droit applicable demeurait essentiellement, comme par le passé, le principe de répartition des compétences entre la justice et l'administration ; le seul changement intervenu était que des juridictions existaient au sein de cette dernière.

Ainsi, lorsqu'une juridiction administrative se déclarait incompétente, elle pouvait le faire pour deux raisons : ou bien le litige était de droit civil, ou bien le litige était de droit public mais ressortissait à la compétence de l'administration active. De même, lorsqu'une juridiction civile se déclarait incompétente pour connaître d'un litige parce que celui-ci appartenait au droit public, elle ne renvoyait pas toujours implicitement le plaideur devant une juridiction administrative mais parfois devant l'administration active. La nature du droit applicable jouait sans doute un rôle dans le partage des compétences entre les deux catégories de juridictions, mais bien souvent elle n'intervenait que pour dessaisir une juridiction et jouait ainsi un rôle purement négatif. En d'autres termes, la juridiction civile pouvait se déclarer compétente, pour la seule raison que le litige ressortissait au droit civil (22) ; la juridiction administrative, au contraire, nouvellement créée, ne pouvait pas se déclarer compétente pour la seule raison que le litige ressortissait au droit administratif.

Ces considérations expliquent que le principe de la soumission partielle de l'administration au droit civil ait conservé, à cette époque, son importance pratique. Sans doute la nécessité d'étendre au maximum le domaine de la juridiction civile, et donc, de recourir au subterfuge de la théorie du Domaine (Fiskus) se fait un peu moins pressante. N'existe-t-il pas en effet des juridictions administratives dont les attributions sont loin d'être négligeables et le législateur n'a-t-il pas attribué expressément tout le contentieux de l'indemnisation du droit public aux tribunaux civils, comblant ainsi la principale lacune du contentieux administratif allemand ? De fait, la doctrine allemande, influencée d'ailleurs par les auteurs français, se crut autorisée à renier la célèbre théorie du Domaine (Fiskus) dès le début de cette période.

Mais la nécessité de conserver un vaste champ à la soumission partielle de l'administration au droit civil ne perdait pas toute sa

(22) Cette possibilité qui existait dès avant 1871, fut confirmée avec éclat par la loi impériale d'organisation judiciaire de 1877 dans son § 13 : « Appartiennent aux tribunaux civils tous les litiges civils et toutes les affaires pénales pour lesquels ne sont compétents ni les autorités ou juridictions administratives, ni les tribunaux spéciaux institués ou autorisés par la législation d'Empire »

raison d'être. C'est pourquoi la jurisprudence judiciaire, plus près des réalités quotidiennes, continua tout d'abord d'utiliser la théorie vieillie du Domaine (Fiskus). Puis, lorsqu'elle l'abandonna en 1919, elle dut recourir à un autre expédient, la théorie des titres historiques de compétence des tribunaux civils, afin de ne pas réduire le domaine de la juridiction civile aux dépens des justiciables (23).

Ainsi, la période située entre 1871 et 1945 représente seulement une phase de transition entre le système antérieur à 1871 et le système postérieur à 1945.

SECTION II

APRÈS 1945 : LA NATURE DU DROIT APPLICABLE, PRINCIPE DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS ET ADMINISTRATIFS

BIBLIOGRAPHIE : 1° relative au § 1 : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 466 à 475. — HUBER (Ernst-Rudolf), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. II, pp. 606 à 627 et 639 à 646. — MENCER (Christian-Friedrich), *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, pp. 85 et suiv. — EYERMANN-FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz*, 1950, commentaires des §§ 22, 25 et 81 südd. V G G. — 2° relative au § 2 : KLEIN, « Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes », in *Verhandlungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 8, pp. 67 et suiv., pp. 119 et suiv. — SIEBERT in SOERGEL, *Kommentar zum BGB*, 8^e éd. tome I, 1952, pp. 33 et 34. — BACHOF (Otto), « Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit » (Weinheimer Tagung der deutschen Zivilprozessrechtslehrer) in ZZP, tome 64, pp. 1 et suiv. (1^{re} partie). — MAUNZ (Theodor), *Deutsches Staatsrecht*, 6^e éd., 1957, pp. 109 et 110. — LERCHE (Peter), *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, 1953, pp. 28 et 29, et 90 à 96.

En Allemagne, c'est seulement au cours des années 1945-1955 que le principe de la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit public est venu se combiner au principe ancien de la compétence générale des tribunaux civils en matière de droit privé pour faire du droit applicable le principe exclusif de partage des compétences entre les deux ordres de juridictions.

Un siècle plus tôt, la France était parvenue par des voies empiriques au même résultat : un organisme administratif à compétence générale était devenu spontanément une juridiction spécialisée dans l'application d'un droit particulier : le droit administratif. Le droit

(23) Voir le chapitre IV. p. 95.

allemand y parvint par d'autres voies. Une réforme législative transforma d'anciennes juridictions à compétence limitée en tribunaux de droit commun. Cette transformation évoque celle que la réforme française de 1953 a réalisée en faveur des anciens Conseils de préfecture au sein de la juridiction administrative.

En France, à vrai dire, l'idée que le droit public non constitutionnel est le titre général de compétence de la juridiction administrative ne se trouve pas explicitée dans les textes. Si l'on consulte les textes les plus récents, celui de l'ordonnance de 1945 et ceux des décrets de 1953, on y lit des phrases telles que : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est juge de droit commun en matière administrative... A compter du 1^{er} janvier 1954, le Conseil d'Etat cesse d'être compétent pour statuer en premier ressort sur les recours dont la connaissance lui avait été attribuée par l'ordonnance du 31 juillet 1945... Les (nouveaux) tribunaux administratifs sont, en premier ressort, et sous réserve d'appel devant le Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux administratif » (24). On remarquera que les textes évitent de se référer à la notion de droit administratif : ils parlent seulement de matière administrative, de contentieux administratif, qui ne sont pas nécessairement des notions équivalentes. L'idée n'est donc pas explicitée par les textes, ni même par la plupart des arrêts du Conseil d'Etat (25).

Mais, comme nous l'avons déjà montré au début de ce chapitre, son existence n'en est pas moins certaine, du simple fait que les cas de soumission de l'administration au droit civil ressortissent à la compétence des tribunaux civils depuis la Monarchie de Juillet. Sans doute, n'est-il pas interdit au Conseil d'Etat d'appliquer certaines règles du droit civil, mais il ne lui serait pas possible de trancher tout un litige selon les règles du droit civil sans empiéter sur la

(24) Ces phrases sont empruntées successivement à l'ordonnance du 31 juillet 1945, au décret du 28 novembre 1953, et à celui du 30 septembre 1953.

(25) En effet, comme l'a montré le professeur RIVERO dans une note au Sirey 1946.2.131, l'existence de règles dérogatoires au droit commun a toujours été le véritable fondement de la compétence des juridictions administratives, mais ce fait a été longtemps masqué par l'utilisation des notions de service public, de domaine public et de travail public, qui n'en étaient pourtant que l'expression. Cependant, quelques arrêts récents explicitent ce fondement ; ainsi, C.E. 25 juin 1948, Cie générale d'importation, *Dr. soc.* 1948, p. 318 : « Ces sociétés sont soumises aux règles du droit privé... en conséquence, le litige échappe à la compétence du Conseil d'Etat » ; T.C. 26 mai 1954, MORITZ, J.C.P. 1954.8334, note VEDEL, S. 1955.3.85, concl. LATOURNERIE, *Dr. soc.* 1955.385, note CHAPUIS : « Le litige qui s'est élevé... ne peut trouver sa solution que dans les principes de droit public et la juridiction administrative a seule qualité pour en connaître. » Mais généralement, cette idée n'est explicitée que dans les arrêts du Conseil d'Etat qui refusent de contrôler certaines décisions administratives portant sur des questions de droit privé (Voir le chapitre X, section I).

compétence des tribunaux judiciaires (26). Les notions de « matière administrative » et de « contentieux administratif » que le législateur a empruntées à la jurisprudence du Conseil d'Etat désignent donc l'ensemble des affaires qui doivent être appréciées selon le droit administratif.

En Allemagne également, l'idée que le droit public non constitutionnel est le titre général de compétence des tribunaux administratifs n'est pas toujours explicitée. Ce n'est pas que le caractère de droit public des litiges pour lesquels ils sont compétents soit laissé dans l'ombre comme en France, mais le caractère absolument général de leur compétence ne ressort pas toujours nettement des textes.

D'autre part, la Loi fondamentale (Grundgesetz) a posé le principe de la compétence subsidiaire des tribunaux civils pour résoudre les litiges opposant l'individu à la puissance publique ; mais, en fait, ce principe ne remet pas en cause le caractère général de la compétence des tribunaux administratifs en matière de droit public.

§ 1. — Le principe de la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit public.

Depuis 1945, un événement juridique d'une très grande portée est survenu : les tribunaux administratifs ont cessé d'être des juridictions d'exception et sont devenus des juridictions de droit commun. Désormais, ils sont compétents pour trancher tous les litiges de droit public qui ne sont pas dévolus aux juridictions constitutionnelles ou à d'autres juridictions.

Mais ce principe de la compétence générale des tribunaux administratifs n'a pas été adopté par tous les Länder avec la même netteté. Tous les Länder ne possèdent pas un texte législatif ou constitutionnel affirmant que les tribunaux administratifs sont juges de tous les litiges de droit public. Dans certains Länder, la compétence administrative se limite à deux types de recours contentieux. Mais ce système, que nous appellerons celui de la double clause

(26) Le texte de l'arrêt Blanco (T.C. 8 février 1873 ; Rec. suppl. p. 61 ; D. 1873.3.17 ; S. 1873.3.153) est à cet égard très probant : « Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité... a ses règles spéciales... ; que dès lors, ... l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. — Contre une telle interprétation de l'arrêt Blanco, voir CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd., pp. 33 à 41

générale, conduit en fait à des résultats très semblables et il est permis d'y voir une forme implicite du principe de la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit public. Ainsi, selon les Länder, le principe revêt des formes différentes.

I. — LA FORME EXPLICITE DU PRINCIPE :

LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS JUGES DE TOUS LES LITIGES DE DROIT PUBLIC.

A. — *L'adoption explicite du principe par la plupart des Länder.*

Parmi les lois relatives aux tribunaux administratifs, seules l'ordonnance nord-allemande 165 et la loi de Berlin adoptent explicitement le principe de la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit public : « Les tribunaux administratifs provinciaux sont juges de la contestation (Anfechtung) des actes d'administration ainsi que des autres litiges de droit public, à l'exception des litiges constitutionnels » (27).

En Allemagne du Sud, les lois ne contiennent pas de dispositions analogues. En revanche, les Constitutions des Länder les plus méridionaux ont reconnu explicitement le droit administratif pour titre général de compétence des tribunaux administratifs.

La Constitution du Bade-Wurtemberg dispose : « 1. Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose de la voie de droit; 2. les tribunaux administratifs statuent sur les litiges au sens de l'alinéa 1^{er}, ainsi que sur les autres litiges de droit public, dans la mesure où aucun autre tribunal n'est compétent » (28). Le caractère immédiatement applicable de cette disposition rédigée avec une grande précision ne fait pas de doute. Celle-ci n'a d'ailleurs été insérée dans la Constitution de ce Land qu'en vue d'étendre la compétence des tribunaux administratifs des régions méridionales du Bade-Wurtemberg, le Bade du Sud et le Wurtemberg-Hohenzollern ; ces deux territoires, étaient, en effet, régis alors par des lois anciennes qui ne contenaient que la clause générale simple, c'est-à-dire qui n'admettaient qu'un seul type de recours, le recours en annulation (en contestation, disent les juristes allemands) dirigé

(27) § 22 nordd. V.O. 165 (applicable à la Rhénanie-Westphalie, à la Basse-Saxe, à Hambourg, au Schleswig-Holstein) et § 19 V.G.G. Berlin.

(28) Art. 67 Verfassung Baden-Württemberg vom 11 November 1953 (GesBl. p. 173).

contre une décision administrative individuelle (29). C'est pourquoi cette disposition constitutionnelle supplante le paragraphe 22 de la loi du Bade-Wurtemberg, qui ne contient que ce que nous avons appelé la double clause générale de compétence, c'est-à-dire qui n'admet que deux types de recours nettement caractérisés.

Les Constitutions de Bavière et de Sarre posent le principe avec encore plus de netteté : « Les litiges de droit administratif sont jugés par les tribunaux administratifs » (30). Mais en raison même du caractère très général de cette formule, quelques juristes allemands ont hésité sur la signification juridique de celle-ci : était-elle une règle de droit positif ou n'avait-elle qu'une valeur de programme ? Cependant la tendance générale du droit constitutionnel allemand est d'accorder, dans le doute, valeur de droit positif aux dispositions constitutionnelles (31). La controverse présente d'ailleurs peu d'intérêt, car les lois bavaroises et sarroises comprennent la double clause générale dont nous établissons plus loin l'équivalence pratique.

Quoi qu'il en soit, le droit d'une partie importante de l'Allemagne a adopté avec netteté le principe français de la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit administratif. Mais cela n'implique nullement que l'étendue du contentieux administratif soit la même dans nos deux pays, même si nous faisons abstraction des exceptions de toutes sortes apportées au principe.

(29) Dans l'ancien Wurtemberg-Hohenzollern, l'article 13 de la loi wurtembergeoise du 16 décembre 1876 était alors applicable en vertu du règlement du 19 août 1946 (*Amtsblatt*, p. 224). Il disposait : « En outre, la Cour administrative connaît... des recours contre les ordres ou décisions des autorités administratives, lorsque quelqu'un... affirme que l'ordre ou la décision... n'est pas juridiquement fondé, et qu'il a été ainsi lésé dans l'un de ses droits... ». Le § 2 de la loi du 17 octobre 1951 avait créé, de plus, un recours dirigé contre l'absence de décision administrative.

Dans l'ancien Bade du Sud, l'ordonnance du 30 mars 1947 (*Amtsblatt*, p. 89) modifiée par les lois du 5 septembre 1951 (G V Bl. p. 151) et du 18 janvier 1952 (G V Bl. p. 14) disposait : « § 2, 1. Les tribunaux administratifs statuent sur les actions en contestation intentées par les personnes naturelles ou juridiques contre les actes d'administration généraux ou spéciaux de toute sorte, même ceux des ministres ou des collectivités autonomes, qui violent la loi aux dépens du plaignant ou qui reposent sur un abus ou un dépassement de fonction... 3. Les tribunaux administratifs statuent aussi dans les conditions de l'alinéa 1 sur les actions en contestation dirigées contre l'abstention d'une administration qui, sollicitée, néglige de prendre la décision à laquelle le requérant prétend avoir droit. »

(30) Art. 93 Verfassung des Freistaates Bayern vom 2 Dezember 1946 (G V Bl. p. 333) ; Art. 115 Verfassung des Saarlandes vom 15. Dezember 1947.

(31) Voir P. LERCHE, *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, pp. 30 et 31.

B. — *La signification pratique du principe adopté.*

Sur le plan procédural, la notion française de contentieux administratif est plus compréhensive que la notion allemande.

La notion française de litige de droit administratif n'est pas une notion calquée sur celle de litige civil, mais une notion que le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont élaborée de façon parfaitement autonome. Le contentieux administratif français ne comprend pas seulement un contentieux subjectif et concret analogue au contentieux judiciaire, mais encore un contentieux objectif : le recours pour excès de pouvoir. Dans ce recours, le requérant ne fait pas valoir un droit subjectif concret, mais simplement la violation du droit objectif et la lésion de ses intérêts légitimes. Le requérant peut même demander au tribunal la solution d'une question de droit « abstraite » à laquelle il est simplement intéressé : il en est ainsi lorsqu'il conteste la légalité d'un règlement administratif sans avoir été l'objet d'une mesure individuelle d'application.

En droit allemand, au contraire, la notion de litige de droit public est calquée sur la notion de litige civil. La juridiction administrative allemande n'a pas été créée pour protéger le droit objectif, mais exclusivement pour protéger les droits publics subjectifs des administrés (33). En conséquence, le contentieux de l'annulation lui-même est nécessairement un contentieux de pleine juridiction, à la fois subjectif et concret pour reprendre la terminologie allemande. Il doit être subjectif en ce sens que le requérant doit établir qu'il a été lésé dans ses droits, c'est-à-dire dans un intérêt juridiquement protégé, non pas dans un intérêt de fait simplement légitime. D'autre part, le contentieux de l'annulation ne saurait être que « concret », c'est-à-dire que le recours doit avoir pour objet un rapport de droit individuel unissant les deux parties. Une telle condition n'est pas remplie lorsque le plaideur réclame à titre principal l'annulation d'une norme édictée par l'administration, c'est-à-dire sans que la norme ait fait l'objet d'une application individuelle. Le « contrôle abstrait des normes » (*abstrakte Normenkontrolle*) n'est donc pas compris dans la notion de litige de droit public (33).

(32) Voir FLEINER, trad. EISENMANN, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, p. 161.

(33) Voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 469 : « C'est en dehors du cadre de la justice administrative normale que se trouve le contrôle des normes à titre principal. Celui-ci n'existe donc que là où il est prévu par la loi. » De même, une décision du Tribunal administratif fédéral du 3 mai 1956 (BVerwG.E. 3, 265) a refusé de voir dans le contrôle à titre principal des normes édictées par l'administration un « autre litige de droit public » et il en a déduit que les tribunaux administratifs nord-allemands n'étaient pas compétents pour contrôler à titre principal

Ainsi la conception allemande du contentieux administratif est-elle sensiblement plus restrictive que la conception française. Il est vrai que cette conception classique commence à être battue en brèche.

Tout d'abord l'exigence d'une violation d'un droit subjectif tend à disparaître. De fait, la violation d'un droit public subjectif n'est plus exigée, la lésion d'une situation juridique subjective quelconque suffit (34).

En outre, un nouveau type de recours a fait son apparition dans le contentieux administratif allemand : l'action déclaratoire (*Feststellungsklage*) ; celle-ci, empruntée à la procédure civile, est définie de la façon suivante par l'ordonnance nord-allemande 165 sur les tribunaux administratifs : « L'action tendant à ce que l'existence ou l'absence ou le contenu d'un rapport de droit public soit établi peut être introduite par quiconque a un intérêt justifié à ce qu'une décision juridictionnelle l'établisse sans tarder. » Toutes les lois nouvelles sur les tribunaux administratifs prévoient ce recours (35). Or, ce qui caractérise ce type de recours, c'est justement que le plaideur n'a pas à invoquer la lésion de ses droits, mais seulement la lésion d'un intérêt légitime. Cependant, la demande doit porter sur une situation juridique subjective ; elle ne peut pas porter sur une situation réglementaire, comme en France.

En effet, le second élément de la notion classique de litige administratif, à savoir, l'exigence d'un rapport de droit « concret » entre les deux parties en cause, semble résister beaucoup mieux à l'évolution. Sans doute, la loi sud-allemande sur les tribunaux administratifs a-t-elle organisé un recours en annulation dirigé contre les dispositions réglementaires édictées par l'administration (36), mais cet exemple n'a pas été suivi (37). Le projet fédéral de codification se

les normes d'origine administrative. Voir également OVG Münster, 10.10.1949 in DVBl. 1950,346 ; DRZ 1950,117 ; MDR 1950,179 ; ö V 1950,122. Voir aussi B Verw G, 9.5.1958 in B Verw GE. 7,30.

(34) Voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 474 et pp. 165 à 171.

(35) § 52 nordd. VO. 165 ; § 22 VGG. Berlin ; § 24 südd. VGG. ; § 24 VGG. Rh. Pf. ; § 23 VGG. Saar.

(36) § 25 südd. VGG. : « Dans le cadre de la justice administrative, la Cour administrative, saisie d'une requête, statue sur la validité d'une ordonnance ou d'un autre règlement d'un rang inférieur à la loi ».

(37) Cependant, la loi du 12 mai 1958 relative aux tribunaux administratifs du Bade-Wurtemberg, qui reproduit presque textuellement la loi sud-allemande, a étendu l'institution à l'ensemble du Bade-Wurtemberg (§ 25 VGG. Bad-Würt.).

contente d'autoriser l'organisation d'un tel recours par les lois des Länder (38). Cette hésitation du droit allemand tient à la perspective purement subjective dans laquelle les recours contentieux sont conçus; or, de ce point de vue, l'effet préventif de l'annulation d'un règlement présente en Allemagne peu d'intérêt pour l'administré, du fait que les recours dirigés contre les mesures d'application de celui-ci ont l'effet suspensif (39).

Ainsi, même en tenant compte des corrections récentes apportées à la notion allemande de contentieux administratif, celle-ci demeure assez restrictive. C'est pourquoi il nous sera assez facile d'établir que le système de la double clause générale de compétence est pratiquement équivalent au système que nous venons de décrire.

II. — LA FORME IMPLICITE DU PRINCIPE : LA DOUBLE CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS.

A. — *L'adoption de la double clause générale de compétence par certains Länder.*

Si nous admettons l'applicabilité immédiate des dispositions constitutionnelles bavaïses et sarroises (40), seuls les Länder de Hesse et de Rhénanie-Palatinat ne fondent pas la compétence générale des tribunaux administratifs sur la nature du droit applicable, du moins explicitement.

Le § 22 de la loi sud-allemande applicable aux tribunaux admi-

(38) § 46 Verw. GO Entwurf: « Le législateur provincial peut prescrire que : 1. Le tribunal administratif supérieur statue sur requête dans le cadre de sa juridiction, sur la validité d'une ordonnance provinciale ou d'un autre règlement d'un rang inférieur à la loi du Land, lorsque la loi ne prévoit pas son contrôle par un tribunal constitutionnel ; 2. Quiconque a subi un préjudice du fait de l'application d'un règlement ou s'attend à en subir un prochainement peut déposer une telle requête ; 3. La décision est prise dans la forme d'un jugement, et 4. Elle a la force obligatoire à l'égard de tous et doit être publiée de la même façon que le règlement en cas d'annulation. » Le Conseil de la Fédération (Bundesrat) a d'ailleurs rejeté en première lecture cette disposition, car il y voit une atteinte à l'égalité entre les cinq ordres de juridictions (Bundestagsdrucksache Nr 4278, *Deutscher Bundestag*, I. Wahlperiode, p. 61).

(39) C'est là une importante différence entre les droits français et allemand. L'effet suspensif des recours en annulation de décisions administratives est prévu par presque toutes les lois nouvelles : § 51 nordd. VO. 165, § 51 südd. VGG, § 43 VGG. RhPf, § 45 VGG. Saar, § 29 BVerwGG. (pour les recours portés en première instance devant le tribunal fédéral). Sa généralisation est prévue par § 81 Verw. GO Entwurf (projet fédéral de codification).

(40) Voir les développements consacrés à cette question, p. 77.

nistratifs de Hesse dispose : « Le tribunal administratifs statue sur la contestation des décisions des autorités administratives et des autres actes d'administration (affaires en contestation) ainsi que sur les autres litiges de droit public (litiges-entre-parties), dans la mesure où ni les tribunaux administratifs spéciaux ni les tribunaux civils ne sont compétents. » La loi sur les tribunaux administratifs de Rhénanie-Palatinat contient un paragraphe analogue (41).

La rédaction de ces dispositions ne diffère de celles précédemment citées que par l'existence d'une parenthèse après l'expression « autres litiges de droit public » (sonstige öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten). Mais cette parenthèse a une signification très précise qui est celle-ci : les tribunaux administratifs ne doivent pas connaître de tous les « autres litiges de droit public », mais seulement, parmi ceux-ci, des litiges-entre-parties (Parteistreitigkeiten).

Cependant, la rédaction suggère que ces litiges-entre-parties représentent toutes les autres sortes de litiges de droit public concevables. Il nous faut examiner cette hypothèse, et dans le cas où nous découvririons des types de litiges autres que ceux visés par la double clause générale, il nous faudrait conclure que certains Länder n'ont pas encore adopté le droit administratif pour titre général de compétence.

B. — La signification pratique de la double clause générale de compétence.

Afin de dégager celle-ci nous décrirons tout d'abord les deux types de recours qu'elle prévoit (en faisant abstraction de l'action déclaratoire qui est donnée au plaideur même sans texte) et nous nous demanderons alors quelles autres sortes de litiges de droit public sont concevables.

Les actions en contestation (Anfechtungsklagen), qui représentent le type de recours le plus ancien, sont des actions intentées par un particulier contre une administration qui jouit à son égard du privilège du préalable, c'est-à-dire qui a compétence pour prendre une décision exécutoire relative aux droits et obligations publics de ce particulier. Le plaideur doit se fonder sur l'illégalité de la décision exécutoire qui a été prise, voire de l'absence de décision dans les cas où l'administration est tenue d'en prendre une et il doit demander au tribunal soit d'annuler la décision prise, soit d'enjoindre à l'admi-

(41) § 15 V G G. RbPf.

nistration de prendre une décision (42). Ce contentieux est purement subjectif, conformément aux conceptions classiques précédemment exposées. Mais si l'on tient compte des actions déclaratoires qui peuvent être dirigées contre une administration bénéficiant du privilège du préalable (43), on s'aperçoit que le contentieux allemand de la contestation assure les mêmes fonctions que les recours pour excès de pouvoir dirigés contre un acte administratif individuel ou une décision implicite de rejet.

Quant aux litiges-entre-parties (*Parteistreitigkeiten*), ils opposent, comme leur dénomination le suggère, deux parties qui sont placées sur un pied d'égalité en ce que ni l'une ni l'autre ne peuvent prendre une décision exécutoire relative aux droits et obligations publics de l'autre partie. Ces deux parties sont ou bien deux collectivités publiques ou bien un particulier et une administration ne bénéficiant pas en l'espèce du privilège du préalable.

Ce dernier cas est exactement l'inverse du précédent, si bien que le recours d'un particulier contre une administration est toujours recevable, soit sous la forme d'une action en contestation, soit sous la forme d'un litige-entre-parties (44). Quant aux litiges opposant deux collectivités publiques (ceux-ci sont fréquents en Allemagne en raison de l'importance et du nombre des administrations autonomes), ils peuvent toujours être portés devant les juridictions administratives puisqu'ils représentent la forme typique du litige-entre-parties. Il ne fait pas de doute que ces deux groupes de litiges soient les plus fréquents, mais sont-ils les seuls ?

L'étude de la jurisprudence relative à la compétence des tribunaux administratifs d'Allemagne du Nord montre que ceux-ci ont parfois admis la recevabilité de recours de droit public qui ne correspondait ni à des affaires de contestation, ni à des litiges - entre - parties. Par exemple, le Tribunal administratif fédéral (*Bundesverwaltungsgericht*) a admis la recevabilité d'une action intentée par l'administration devant un tribunal de Rhénanie-Westphalie et tendant à

(42) Les juristes allemands distinguent donc l'action en contestation proprement dite (*die Anfechtungsklage im eigentlichen Sinne*) et l'action en réclamation (*die Vornahmeklage*).

(43) Cette possibilité a été contestée par certains auteurs (Ch. Fr. Menger, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, p. 230 à 232) et admise par d'autres (Forsthoff, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 474). Dans une décision du 16 février 1954 (BVerwG.E.I.80), le Tribunal administratif fédéral a admis l'action déclaratoire dans les cas où les deux plaideurs ne se trouvent pas sur un pied d'égalité, c'est-à-dire où l'administré s'oppose à une administration bénéficiant et usant de ses prérogatives de puissance publique.

(44) EYERMANN-FROEHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz (Kommentar)* 1950 p. 78: « Par définition, elles (les actions en contestation et les actions entre parties) s'excluent mutuellement. »

ce que l'exercice de la profession de brocanteur soit interdit à un individu en vertu du § 36, alinéa 2, de l'ordonnance sur les métiers. Cette action était intentée à un individu par une administration qui renonçait à user de son privilège du préalable et elle ne correspondait donc pas à l'un des deux types classiques de recours. Sa recevabilité a cependant été admise en raison du caractère absolument général de la compétence des tribunaux administratifs nord-allemands (45).

Une autre décision peut être citée : les délégués à une assemblée de cercle (assemblée administrative) avaient demandé au tribunal administratif d'annuler l'élection du conseiller du cercle (du Landrat, qui est une sorte de sous-préfet élu) ; en appel, le tribunal administratif supérieur de Lunebourg (Lüneburg) a admis la recevabilité de cette action, bien que celle-ci ne rentrât pas dans l'une des deux catégories classiques. Selon ce tribunal, la demande soulevait un litige de droit constitutionnel qui n'est attribué à aucune juridiction constitutionnelle et qui ressortit donc aux tribunaux administratifs, juges de droit commun de tous les litiges de droit public, même constitutionnel (46).

Ainsi, les litiges provoqués par une administration ayant le privilège du préalable, mais n'en ayant pas usé, et les litiges relatifs aux élections administratives sont des exemples de litiges de droit public qui ressortissent à la compétence des tribunaux administratifs nord-allemands quoiqu'ils ne soient ni des affaires de contestation ni des litiges-entre-parties. Il existe donc bien une différence entre le principe de la compétence générale en matière de droit administratif et la double clause générale de compétence. Mais, celle-ci est infime, comme l'attestent le caractère exceptionnel des espèces citées et le silence de la doctrine allemande sur cette question. Le lecteur nous permettra de négliger cette différence de détail et de considérer que depuis 1945 tous les tribunaux administratifs allemands sont compétents pour connaître de tous les litiges de droit public qui ne sont pas attribués aux juridictions constitutionnelles.

Cette différence minime entre les diverses réglementations allemandes disparaîtra d'ailleurs dès qu'aura été adopté le projet fédéral de codification des lois relatives aux tribunaux administratifs. Le

(45) Jugement du Tribunal administratif fédéral du 25 mai 1954 in B Verw G.E. 1, 147.

(46) O V G. Lüneburg 1.9.1950 in D V Bl. 1951, 91 ; le professeur FORSTHOFF conteste l'argumentation du tribunal et considère que tout litige relatif à des élections administratives est par définition un litige administratif et non pas un litige constitutionnel (FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 12, note 1). Nous citerons d'autres exemples, lorsque nous étudierons les applications pratiques de l'article 19, alinéa de la Loi fondamentale (voir *infra*, p. 87).

§ 38 de ce projet dispose en effet : « Les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître de tous les litiges de droit public qui ne sont pas constitutionnels et pour lesquels un autre tribunal n'est pas compétent en vertu d'une disposition légale explicite. »

La combinaison de ce principe nouveau avec le principe ancien de la compétence générale des tribunaux civils en matière de droit privé permet d'énoncer la règle que nous nous proposons d'établir, à savoir : la nature du droit applicable aux litiges détermine les compétences respectives des tribunaux civils et administratifs. L'existence de cette règle n'est pas remise en cause par l'article 19 de la Loi fondamentale qui reconnaît aux tribunaux civils une compétence subsidiaire pour connaître de tous les litiges opposant l'individu à la puissance publique.

**§ 2. — La compétence subsidiaire des tribunaux civils
pour connaître des litiges opposant l'individu
à la puissance publique.**

Assez curieusement, au moment même où les Länder proclamaient la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit public, la Constitution de Bonn affirmait la compétence subsidiaire des tribunaux civils pour connaître des litiges opposant l'individu à la puissance publique. La règle fut posée dans l'article 19, alinéa 4, de la Loi fondamentale (Grundgesetz) : « Quiconque est lésé par la puissance publique dispose d'un recours devant les tribunaux. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, il peut porter son recours devant les tribunaux ordinaires (civils). »

La portée théorique de ce texte est très grande : les tribunaux civils deviennent de véritables juridictions de droit commun. Mais en l'état actuel du droit, le texte demeure pratiquement sans application : à quelques exceptions près, les tribunaux administratifs sont juges de tous les litiges de droit public.

**I. — LA PORTÉE THÉORIQUE
DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI FONDAMENTALE.**

Cette disposition constitutionnelle pose deux principes : celui de la vocation des tribunaux civils à connaître de tous les litiges opposant l'individu à la puissance publique et celui de leur compétence subsidiaire pour en connaître.

A. — La vocation des tribunaux civils

à connaître des litiges opposant l'individu à la puissance publique.

Selon la lettre de l'article 19 de la Loi fondamentale, les tribunaux civils pourraient connaître de tous les recours dirigés contre une activité de la puissance publique. Mais la doctrine et la jurisprudence allemande sont unanimes à accorder à la compétence subsidiaire des tribunaux civils un domaine à la fois plus étroit et plus large.

En premier lieu, les juristes allemands sont unanimes à entendre restrictivement le terme de « puissance publique ». Selon eux, seules les activités administratives de la puissance publique sont visées par l'article 19 de la Loi fondamentale. Ni les activités législatives, ni les activités juridictionnelles de la puissance publique ne sont visées par lui : les premières sont soumises au seul contrôle des juridictions constitutionnelles, les secondes ne pourraient être soumises qu'au contrôle de juridictions supérieures spécialement instituées dans ce but.

Par contre, les juristes allemands entendent très extensivement le terme de « recours devant les tribunaux ». En effet, si l'on s'en tenait à la lettre, seuls les recours dirigés par l'individu contre la puissance publique pourraient être portés devant les tribunaux civils ; en revanche, les recours dirigés par la puissance publique contre les individus ne pourraient pas être portés devant eux. Or, il arrive qu'une loi oblige l'administration à poursuivre l'individu devant une juridiction avant de prendre une grave décision à son encontre. Dans ce cas, il est manifestement de l'intérêt de l'individu que les tribunaux civils puissent être saisis en vertu de l'article 19, si la nature de la juridiction à saisir n'a pas été précisée et si les tribunaux administratifs sont incompétents pour une raison quelconque. C'est ainsi que la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a jugé les tribunaux civils compétents pour connaître des demandes de l'administration tendant à autoriser l'internement d'un aliéné (47). Saisi d'une affaire semblable, le Tribunal administratif fédéral a bien repoussé l'application de l'article 19 de la Loi fondamentale, mais pour des raisons étrangères à notre propos (48).

Ainsi, les tribunaux civils sont compétents pour connaître de tous les litiges opposant l'individu à la puissance publique administrative, quelque soit l'antagoniste qui prenne l'initiative. De ce fait,

(47) B G H. 4.2.1952 (« Beschlus ») in D V B l. 1952, 411 (note BACHOF), D O V 1952, 406 ; B G H-L M, sous Art. 104 G G. Nr 3. Sur cette décision, voir également *infra*, p. 87).

(48) B V e r w G. 12.11.1954 in B V e r w G. E. 1, 229.

ils sont devenus de véritables juridictions de droit commun, statuant indifféremment en droit privé ou en droit public.

De ce point de vue, l'article 19 de la Loi fondamentale apparaît comme le prolongement inattendu de la doctrine libérale du XIX^e siècle, qui prônait la soumission de l'État aux tribunaux ordinaires. Il s'agit, il est vrai, d'une version singulièrement atténuée de l'État judiciaire (Justizstaat), puisque les tribunaux civils ne sont compétents que subsidiairement.

B. — Le caractère subsidiaire de la compétence des tribunaux civils.

Tant le texte de l'article 19 que les travaux préparatoires de la Loi fondamentale indiquent avec netteté l'intention du constituant de 1949 : il n'a pas voulu retirer aux tribunaux administratifs la majeure partie du contentieux qui leur est dévolu ; il a seulement entendu prévenir tout déni de justice dans un domaine jugé capital, celui du contrôle des actes de la puissance publique. Redoutant que des lois ne viennent limiter la compétence des tribunaux administratifs dans certains Länder, redoutant peut-être aussi que les tribunaux administratifs eux-mêmes n'aient une conception trop étroite de leurs attributions, le constituant de Bonn a posé la règle suivante : chaque fois que les autres tribunaux sont incompétents dans une affaire opposant l'administré à l'administration, les tribunaux civils doivent se déclarer compétents et juger au fond.

Les juridictions judiciaires ont traduit cette volonté du constituant en reconnaissant le caractère subsidiaire de leur compétence en ce domaine ; le recours devant les tribunaux civils n'est qu'un ultime recours pour l'administré en quête d'un juge. Ainsi, du fait que les tribunaux administratifs sont juges de tous les litiges de droit public, les tribunaux civils ont rarement l'occasion d'invoquer leur compétence subsidiaire.

II. — LES APPLICATIONS PRATIQUES DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI FONDAMENTALE.

Les tribunaux civils ne peuvent juger un litige opposant un individu à l'administration que si les tribunaux administratifs et les autres juridictions sont incompétents pour en connaître. En raison du caractère général de la compétence des tribunaux administratifs en matière de droit public, un tel cas ne peut se produire que de façon exceptionnelle. Par exemple, une loi interdit aux tribunaux

administratifs de juger certains litiges de droit public et elle omet de désigner une autre juridiction. Ou bien, les tribunaux administratifs s'interdisent eux-mêmes de connaître de certains litiges qui appartiennent normalement à leur domaine de compétence. — Bref, l'application de l'article 19 de la Loi fondamentale implique une imperfection de la loi ou une insuffisance de la jurisprudence.

*A. — Les applications
concernant certaines exceptions législatives
à la compétence générale des tribunaux administratifs.*

L'article 19 de la Loi fondamentale joue au profit des tribunaux civils si la loi qui a posé le principe de la compétence générale des tribunaux administratifs (ou une loi postérieure) leur interdit de juger certains litiges entre l'individu et la puissance publique sans les attribuer expressément à une autre juridiction.

La soustraction de tels litiges à la juridiction administrative peut être explicite ou implicite.

L'application de l'article 19 n'est pas douteuse dans le premier cas. Il en est ainsi des affaires de dénazification qui sont exclues du contentieux administratif par l'ordonnance nord-allemande 165 et la loi berlinoise sur les tribunaux administratifs (49) ; conformément à l'article 19, ces affaires peuvent être portées devant les tribunaux civils, comme l'a déjà admis le tribunal civil supérieur de Hambourg (50). De même, les décisions des collectivités religieuses, qui sont en Allemagne des personnes du droit public et qui jouissent du privilège de prélever des impôts et des taxes, sont soustraites au contrôle des tribunaux administratifs par l'ordonnance nord-allemande 165, et elles ne peuvent être contestées que devant les tribunaux civils sur la base de l'article 19 (51).

Dans la mesure où la double clause générale de compétence attribuée aux tribunaux administratifs un contentieux moins étendu que le principe de la compétence générale, il est permis de se demander si l'article 19 est susceptible d'être invoqué utilement par les tribunaux civils.

La question s'est posée à propos des demandes d'internement d'aliénés présentées par l'administration au juge. Aux termes de l'article 104 de la Loi fondamentale, l'administration ne peut faire

(49) §§ 25 nordd. V O. 165 et 23 V G G. Berlin.

(50) O L G. Hamburg, 13.8.1952 in D V Bl. 1952, 696.

(51) § 25 nordd. V O. 165.

interner un individu sans l'autorisation du juge (52). Comme l'article 104 n'indique pas quel juge est compétent, le problème de l'application de l'article 19 s'est posé, avant qu'une loi d'application interviene (53). Les deux juridictions suprêmes ont pris parti : la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a estimé l'article 19 applicable même dans les cas où les tribunaux administratifs sont expressément compétents pour connaître de tous les litiges de droit public (54). Le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a estimé l'article 19 inapplicable, car selon lui l'article 104 constituait un titre de compétence suffisant pour écarter l'application de l'article 19 (55). Mais, ni la Cour fédérale, ni le Tribunal administratif n'ont résolu avec netteté la question posée. Il semble que les juridictions suprêmes aient toujours quelque tendance à négliger les différences de réglementation existant entre les diverses parties de l'Allemagne, afin d'unifier le droit.

*B. — Les applications
concernant les exceptions jurisprudentielles
à la compétence générale des tribunaux administratifs.*

Ces exceptions jurisprudentielles à la compétence générale des tribunaux administratifs peuvent tout d'abord résulter d'une interprétation restrictive des règles relatives à la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs. Dans ce cas, l'applicabilité de l'article 19, alinéa 4, ne fait pas de doute, car selon les travaux préparatoires, cette disposition a été insérée principalement en vue d'éviter les conflits négatifs de compétence (56).

(52) L'article 104 de la Loi fondamentale (Grundgesetz) est ainsi rédigé : « 1. La liberté de la personne ne peut être limitée que sur la base d'une loi formelle et dans les conditions prescrites par celle-ci... ; 2. Seul le juge peut autoriser une mesure de privation de la liberté et fixer la durée de celle-ci. Lorsque la privation de liberté ne repose pas sur une commission délivrée par le juge celui-ci doit être saisi sur-le-champ. La police ne peut jamais de son propre chef tenir quelqu'un emprisonné au-delà de la fin du jour qui suit l'arrestation. Une loi ultérieure doit régler le détail. »

(53) Cette loi n'est intervenue que le 29 juin 1956 ; elle a prévu la compétence des tribunaux ordinaires, en raison des liens évidents de cette procédure avec les institutions du droit pénal et de la protection des incapables. Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen du 29 juin 1956 ; référence officielle : BGBl. I, p. 599 ; référence pratique : FORSTHOFF, *Gesetzesammlung*, p. 503.

(54) BGH. 4.2.1952 (« Beschluss ») in DVBl. 1952, 411 (note RACHOF) ; DöV 1952, 406 ; BGH-LM, sous art. 104 GG. Nr 3. Cette décision a déjà été citée p. 85.

(55) BVerw G. 12.11.1954 in BVerw G. E. 1,299

(56) MANGOLDT, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 19, Abs. 4

Le tribunal civil saisi ultérieurement est donc tenu de se déclarer compétent.

Mais il est une autre hypothèse pour laquelle l'applicabilité de l'article 19 est douteuse. Dans celle-ci, les tribunaux administratifs se déclarent incompétents, non pas parce qu'ils estiment être en présence d'un litige ressortissant à une autre juridiction, mais parce qu'ils estiment être en présence d'une décision insusceptible de recours en raison de son caractère gouvernemental ou d'ordre intérieur. Il y a alors déni de justice et non pas conflit négatif de compétence. Il ne semble pas que le constituant de Bonn ait eu l'intention de permettre aux tribunaux civils de censurer ces timidités de la justice administrative dans le contrôle de l'action administrative.

En droit positif, nous avons relevé une seule décision judiciaire faisant application de l'article 19 dans une telle hypothèse, celle du tribunal civil supérieur de Cologne du 19 novembre 1951 qui souleva d'ailleurs d'assez vifs commentaires au sein de la doctrine (57).

Le tribunal civil supérieur (Oberlandesgericht) de Cologne avait été saisi en appel d'une plainte dirigée contre le ministère fédéral pour les Affaires allemandes. Ce ministère avait édité une brochure dirigée contre la pénétration du communisme en Allemagne et intitulée *Ouvrez les yeux, le communisme par la porte dérobée*. Dans celle-ci, on affirmait que le plaignant était inscrit au parti communiste quoiqu'il portât quelque fois les insignes de l'union démocratique chrétienne (C.D.U.), qu'il était le dirigeant d'un réseau de provocateurs et de propagateurs de fausses nouvelles, les « correspondants du peuple », et qu'il était même un agent de liaison entre espions. L'auteur de la plainte demandait que le ministère lui fit réparation en nature sur la base des articles 823 et 826 du Code civil allemand, c'est-à-dire qu'il rétractât les déclarations ci-dessus rapportées.

Le tribunal de Cologne a déclaré la demande recevable. Il a justifié sa décision par de très longs motifs qui peuvent être résumés de la façon suivante : 1) Selon les principes dégagés par l'ancien Tribunal d'Empire, l'action en responsabilité n'est pas recevable parce qu'elle vise à obtenir une réparation en nature, c'est-à-dire une modification du comportement de l'administration (le contentieux de

(57) O L G. Köln, 19.11.1951, in DVBl. 1952, 309 (note BETTERMAN) ; DöV. 1952, 284 ; NJW 1952, 187 ; JZ 1952, 221 ; MDR 1952, 173. Cette décision a été commentée par SCHOEN dans son article paru dans DöV 1955, 137, ce commentaire a suscité deux répliques, l'une de BACKMANN in DöV. 1956, 269 et l'autre de von KROSIGK in DöV. 1956, 690.

l'indemnisation en argent est judiciaire en droit allemand) (58); 2) mais l'article 19, alinéa 4, de la Loi fondamentale donne un recours à quiconque est lésé par la puissance publique, même par un acte politique du gouvernement, et ce recours n'est pas nécessairement un simple recours en indemnité; 3) lorsque aucun autre tribunal n'est compétent pour en connaître, le recours doit être porté devant le juge civil conformément aux termes de l'article 19; 4) or, en l'espèce, le litige de droit public ne peut être porté ni devant un tribunal constitutionnel, car celui-ci ne peut être saisi qu'après épuisement de toutes les voies de droit, ni devant un tribunal administratif car celui-ci ne connaît que des décisions administratives du gouvernement et non de ses décisions politiques. Ainsi le tribunal de Cologne s'est fondé sur l'utilisation probable de la théorie des actes de gouvernement par le tribunal administratif pour se reconnaître compétent sur la base de l'article 19 de la Loi fondamentale.

Bien que cette décision doive rester probablement sans lendemain, elle n'en présente pas moins un grand intérêt pour notre étude. En effet, elle témoigne de la grande hardiesse des tribunaux civils tant à l'égard du pouvoir gouvernemental qu'à l'égard des tribunaux administratifs. Et surtout, elle a le grand mérite de montrer les difficultés extrêmes qu'entraîne l'application d'une disposition inspirée de l'idéal de l'Etat judiciaire (c'est-à-dire soumis à la justice ordinaire) dans un système fondé sur la spécialisation des juridictions.

Ces considérations expliquent que la portée théorique et pratique de l'article 19 de la Loi fondamentale soit en définitive négligeable, tant en raison de son caractère subsidiaire qu'en raison du caractère exceptionnel de ses applications effectives.

CONCLUSION DE LA SECTION

En Allemagne, les compétences sont réparties entre les deux ordres de juridictions selon la nature du droit applicable. L'existence de ce principe est incontestable même dans les Länder où les tribunaux administratifs sont compétents en vertu d'une double clause générale. La règle de l'article 19 de la Loi fondamentale n'atténue nullement la portée de ce principe, car il ne reconnaît aux tribunaux civils qu'une compétence subsidiaire. On retrouve ainsi le lien entre la compétence et le droit applicable qui caractérise le système français. Cependant, ce principe subit d'importantes exceptions et il ne s'applique pas sans restriction.

(58) Voir la section II du chapitre IV.

CHAPITRE IV

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE : L'ATTRIBUTION AUX TRIBUNAUX CIVILS DE CERTAINS LITIGES DE DROIT PUBLIC

En Allemagne comme en France, le principe de la répartition des compétences selon le droit applicable subit des exceptions. Elles sont d'ailleurs toutes au profit des tribunaux civils en raison du préjugé favorable dont ils jouissent (1).

En France, ces exceptions découlent principalement de l'idée que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée et des

(1) En droit français, la seule exception notable à cette règle est l'attribution aux tribunaux administratifs du contentieux des ventes domaniales de droit privé (art. 4, Loi du 28 pluviôse an VIII), due aux circonstances politiques du Consulat. En droit allemand, les quelques exceptions à cette règle, qui existaient avant la guerre, ont disparu. Les services de conciliation entre propriétaires et locataires (Mieteinigungsämter), qui étaient des tribunaux administratifs spéciaux (R G Z., 107, 284) et qui statuaient sur les dénonciations de bail ont été supprimés et leurs fonctions ont été transférées aux tribunaux civils de canton (Amtsgerichte). D'autre part, les tribunaux arbitraux des marchés (Marktschiedsgerichte) qui étaient des tribunaux administratifs spéciaux (R G Z. 157, 114) et qui tranchaient parfois des litiges de droit privé opposant deux membres de la corporation agricole (Reichsnährstand) ont disparu avec cette dernière. Voir BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, pp. 293 et 294. Ce phénomène manifeste la tendance latente des juridictions judiciaires à être des juridictions de droit commun au sens plein du terme.

libertés individuelles. A cette idée se rattachent non seulement les théories de l'emprise et de la voie de fait, qui en sont les applications directes, mais encore l'attribution de certains contentieux de l'indemnisation : celui de la responsabilité de l'Etat pour les dommages accidentels survenant lors des émeutes, dans les écoles publiques, ou du fait des véhicules de l'administration et celui du dédommagement des personnes auxquelles sont imposées des expropriations ou des réquisitions.

En Allemagne, les exceptions découlent d'une idée assez voisine : les tribunaux civils protègent plus efficacement les intérêts pécuniaires des citoyens et ils sont plus aptes à trancher les affaires d'ordre patrimonial. Autrefois, cette idée se traduisait par la théorie du Domaine (Fiskus) selon laquelle toutes les questions d'ordre patrimonial devaient être tranchées par les tribunaux civils. Aujourd'hui, cette idée explique pourquoi les tribunaux civils ont conservé une grande partie des litiges de droit public que leur attribuait la théorie du Domaine (Fiskus). En particulier, elle permet à ces tribunaux de maintenir la jurisprudence dite des litiges civils par tradition grâce à laquelle ils continuent de juger certains litiges d'ordre patrimonial malgré l'abandon de la théorie du Domaine (Fiskus).

Bien plus, la conception de la juridiction ordinaire protectrice du patrimoine est la justification profonde de l'attribution aux tribunaux civils de tout le contentieux de l'indemnisation de droit public, qu'il s'agisse du contentieux de la responsabilité de l'Etat (Staatshaftung) par lequel sont réparés les dommages causés accidentellement, ou qu'il s'agisse du contentieux du dédommagement de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung) par lequel sont réparés les dommages imposés volontairement (2). Sans doute, la compétence judiciaire en cette matière s'explique-t-elle historiquement par l'influence de la théorie du Domaine (Fiskus) sur les autorités législatives et judiciaires de l'époque impériale; néanmoins elle résulte essentiellement de la volonté des constituants de Weimar et de Bonn, de confier aux tribunaux civils le soin de défendre le patrimoine des citoyens contre les entreprises de la puissance publique.

Enfin, pendant longtemps, l'idée que la juridiction ordinaire est particulièrement qualifiée pour juger les questions d'argent a justifié

(2) Nous aurons l'occasion de revenir sur cette distinction entre les actions en responsabilité (Staatshaftung) et les actions en dédommagement (Entschädigung). Elle repose sur l'opposition entre les dommages causés accidentellement par l'administration et les préjudices imposés sciemment par elle. Les premiers font l'objet d'une réparation en argent ; ils engagent la responsabilité, pour faute ou pour risque, de l'administration ; les seconds sont compensés par une indemnité et ils entraînent l'application des théories relatives aux charges spéciales imposées par l'administration.

une autre exception au principe de la répartition des compétences selon le droit applicable. Jusqu'en 1945, les tribunaux civils ont connu de l'ensemble du contentieux relatif aux rémunérations des fonctionnaires : ils déterminaient eux-mêmes les droits et obligations respectifs de l'Etat et du fonctionnaire et ils appréciaient eux-mêmes à titre incident la légalité des décisions administratives relatives au litige. Après 1945, cette règle spécifique du droit allemand a disparu progressivement. Tout d'abord, elle a été abandonnée par le législateur fédéral et par les Länder d'Allemagne du Nord (3) ; mais elle demeurerait applicable à l'Allemagne du Sud (4). Puis, en 1957, une loi fédérale a décidé d'unifier la réglementation et elle a prescrit à tous les Länder de confier ces litiges aux tribunaux administratifs (5). Le transfert de compétence doit être opéré avant le 1^{er} septembre 1960 ; plusieurs Länder se sont déjà conformés à ces dispositions.

Une seule exception notable échappe à l'idée de l'autorité judiciaire, protectrice du patrimoine : c'est la compétence des tribunaux civils pour connaître des actes d'administration des autorités judiciaires. Dans une certaine mesure, cette exception est commune aux droits français et allemand. En France, elle est issue historiquement de la doctrine de la séparation des pouvoirs et elle repose sur l'idée d'indépendance réciproque des autorités administratives et judiciaires. Elle a pour effet de soustraire à la juridiction des tribunaux administratifs tous les actes d'administration qui émanent d'une autorité judiciaire, même s'ils ne s'insèrent pas dans une procédure judiciaire : ainsi, sont exclus du contentieux administratif, non seulement les actes de la police judiciaire, qui préparent en quelque sorte l'intervention de la justice, mais encore les actes de surveillance des autorités judiciaires à l'égard des auxiliaires de la justice. En Allemagne, cette règle de compétence ne repose pas sur des fondements théoriques

(3) Les lois consacrant la compétence des tribunaux administratifs sont : la loi sur les fonctionnaires fédéraux ou Bundesbeamten-gesetz (B B G.) du 14.7.1953 (B G Bl. I, 551), modifiée par celle du 19.8.1953 (B G Bl. I, 980), reproduite par FORSTHOFF, *Gesetzessammlung*, C/1. La loi sur les fonctionnaires de Hesse, modifiée le 11.11.1954 (G V Bl. 239). La loi sur les fonctionnaires de Rhénanie-Westphalie du 15.6.1954 (G V Bl. 237). La loi sur les fonctionnaires de Berlin du 24.7.1952 (G V Bl. 603), modifiée le 10.12.1954 (G V Bl. 717). La loi sur les fonctionnaires du Schleswig-Holstein du 19.3.1956 (G V Bl. Nr. 4, v. 27.3.1956. p. 19). La loi sur les fonctionnaires de Brême du 16.7.1957 (Brem G Bl. Nr. 22, p. 91).

(4) Les lois consacrant la compétence des tribunaux civils étaient : la loi sur les fonctionnaires de Bavière du 28.10.1946 (G V Bl. 349). La loi sur les fonctionnaires de Rhénanie-Palatinat du 13.12.1949 (G V Bl. 605), modifiée le 28.4.1951 (G V Bl. 114).

(5) Loi-cadre relative au statut des fonctionnaires du 1^{er} juillet 1957 ; Beamtenrechtsrahmengesetz vom 1.7.1957 (B G Bl. I, 667).

aussi vénérables; elle est seulement l'expression d'une nécessaire séparation des fonctions entre deux ordres de juridictions (6). De fait, elle a une moindre portée : elle a seulement pour effet de soustraire à la juridiction des tribunaux administratifs les actes d'administration qui s'insèrent dans le cadre d'une procédure judiciaire, c'est-à-dire qui « interviennent dans les procès civils, les procès pénaux (y compris l'exécution des peines), les procédures de juridiction gracieuse » (7). Ainsi, en Allemagne, les tribunaux administratifs doivent se dessaisir des recours dirigés contre les actes de la police judiciaire parce que ceux-ci font partie d'une procédure judiciaire (8). Mais ils doivent statuer sur les recours dirigés contre le refus d'un président de tribunal civil, soit d'agréer un avocat auprès du tribunal (9), soit d'admettre à un procès un agent judiciaire (Prozess-agent) (10) ; car de telles décisions n'ont pas de rapport direct avec le déroulement de la procédure judiciaire et le fait qu'elles émanent d'une autorité judiciaire ne suffit pas à écarter la compétence des juridictions administratives. Il s'agit en quelque sorte d'assurer l'indépendance fonctionnelle, et non organique, des deux ordres de juridictions.

Hormis cette règle concernant les rapports entre les autorités judiciaires et administratives, toutes les règles dérogatoires au principe de répartition des compétences selon le droit applicable se rattachent à l'idée de l'autorité judiciaire, protectrice des patrimoines privés. Il en est ainsi plus particulièrement de l'attribution aux tribunaux civils du contentieux judiciaire par tradition, de celui de la responsabilité de l'Etat (Staatshaftung) et de celui du dédommagement de droit public (öffentlichrechtliche Entschädigung) auxquels sont consacrées les trois sections de ce chapitre.

(6) Voir les motifs de la décision du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) du 19 décembre 1957 (B Verw G. E. 6, 86) par laquelle cette règle de compétence a été appliquée à des Länder dont la législation est muette sur ce point : selon ce haut tribunal, la règle d'après laquelle sont exclus du contentieux administratif, « les actes d'administration intervenant dans les procès civils, dans les procès pénaux (y compris l'exécution des peines), les procédures de juridiction gracieuse » n'est pas applicable seulement aux tribunaux régis par l'ordonnance nord-allemande ou par la loi de Berlin qui contiennent cette règle ; elle est applicable à tous les tribunaux d'Allemagne, car elle n'est que l'expression d'une règle générale.

(7) §§ 25 nordd, V O. 165 et 23 V G G. Berlin.

(8) O V G. Lüneburg, 22.5.1951, in D V Bl. 1951, 698. — B. Verw G. 3.10.1955 in B Verw G.E. 2, 302.

(9) B Verw G. 31.3.1954, in B Verw G.E. 1, 99. — B Verw G. 10.5.1955, in B Verw G.E. 2, 95. — B Verw G. 16.5.1957, in B Verw G.E. 5.69.

(10) O V G. Lüneburg, 10.1.1951, in D V Bl. 1950, 180. — B Verw G. 10.5.1955, in B Verw G.E. 2 89. — B Verw G. 27.10.1955, in B Verw G.E. 2, 276. — B Verw G. 4.12.1958, in B Verw G.E. 7, 349.

SECTION PREMIÈRE

**L'ATTRIBUTION AUX TRIBUNAUX CIVILS
DU CONTENTIEUX JUDICIAIRE PAR TRADITION
(bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Tradition)**

BIBLIOGRAPHIE : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 97 à 102. — BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, 1950, pp. 283 à 292. — KLEIN, *Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlichrechtlichen Bereich (Verwaltung und Wirtschaft, Heft 11)*, 1954, pp. 36 à 78. — KNOLL, *Gutachten zum 41. Juristentag*, Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind, 1955, I, pp. 181 à 209. Voir également les intéressantes observations de : HUBER (Ernst-Rudolf), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., II, pp. 595 à 597. — VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., pp. 42 à 44. — SIEBERT, in SOERGEL, *Kommentar zum BGB*, 3^e éd. tome I, 1952, pp. 22 et 23. — STEIN - JONAS - SCHOENKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 18^e éd. I, p. 13. — LERCHE, *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, 1953, pp. 65 à 89.

Deux théories jurisprudentielles, celle des litiges civils par analogie (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Analogie) et celle des litiges civils par tradition (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Ueberlieferung ou kraft Tradition) attribuent aux tribunaux civils la connaissance de certains litiges de droit public sans invoquer l'autorité du moindre texte législatif. Outre que leur existence atteste la force créatrice prodigieuse de la jurisprudence allemande, elles posent la question de savoir si le principe de la spécialisation des juridictions n'est pas une simple façade législative derrière laquelle se dissimulerait une jurisprudence fondée sur de tous autres principes.

Ces deux théories jurisprudentielles ont été élaborées entre 1871 et 1945, c'est-à-dire à une époque où l'organisation de la justice administrative était encore très défectueuse et où une large soumission de l'administration à la justice ordinaire était donc souhaitable.

A cette fin, les tribunaux ordinaires n'ont pas hésité jusqu'aux environs de 1900 à appliquer les théories qui avaient été imaginées à l'époque dite de l'administration souveraine (Polizeistaat) et qui reconnaissaient au droit civil un vaste domaine d'application et à la juridiction ordinaire une compétence étendue. Parmi celles-ci, la plus célèbre était celle du Domaine (Fiskus) et quoiqu'elle apparût peu satisfaisante pour l'esprit, elle fut adoptée par le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) dès 1884 (5 ans après sa création) (11). Celui-ci

(11) R G Z. 11, 65.

justifia son attitude dans les termes suivants : « Les tribunaux ont vocation pour trancher les litiges d'ordre patrimonial, même s'il est nécessaire de leur appliquer des normes appartenant au droit public. Leur indépendance, leur connaissance du droit et leur expérience de l'application du droit offrent la plus grande garantie concevable de la parfaite objectivité avec laquelle la décision sera rendue. » En 1888, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) confirmait sa jurisprudence en rendant un arrêt de principe ; selon celui-ci, toute action de caractère patrimonial, même fondée sur un rapport de droit public, appartenait par définition au domaine du droit privé et ressortissait en conséquence à la juridiction des tribunaux ordinaires (12).

Mais, au fur et à mesure que l'activité des juridictions administratives se développait et que le particularisme des institutions administratives s'affirmait, l'écart entre les théories utilisées par les tribunaux ordinaires et les conceptions juridiques généralement admises s'accroissait. Non seulement la doctrine combattait depuis longtemps ces théories, mais encore les rédacteurs du Code civil allemand de 1896 les répudiaient (13).

Mais, abandonner ces théories purement et simplement, c'était accepter non seulement une diminution très sensible du ressort de la justice ordinaire, mais encore commettre d'innombrables dénis de justice. En effet, tous les litiges qui étaient régis par le droit civil selon les théories anciennes seraient devenus en un jour des litiges de droit public pour lesquels n'auraient été compétents ni les tribunaux civils en raison de leur spécialisation dans le jugement des litiges civils, ni les tribunaux administratifs en raison du manque de dispositions législatives expresses.

C'est pourquoi les théories anciennes qui reconnaissaient au droit civil un vaste domaine d'application ne furent abandonnées par le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) qu'en 1920, c'est-à-dire après que des justifications nouvelles de la compétence judiciaire eurent été imaginées et appliquées (14). La première d'entre elles fut la théorie dite des litiges civils par analogie (kraft Analogie) qui présentait quelque ressemblance avec la théorie du Domaine (Fiskus) (15). En 1919, apparut la seconde, celle des litiges civils par tradition (kraft Tradition) (16). Cette théorie très audacieuse permit au Tribunal

(12) RGZ. 22, 285.

(13) Voir sur cette époque O. MAYER, éd. fse 1903, I, pp. 276 à 279 et O. MAYER, 2^e éd., allde 1914, I, pp. 178 à 181.

(14) RGZ. 93, 310 et 96, 74.

(15) Kraft Analogie (KNOLL) ou kraft Parallelität (LERCHE).

(16) Kraft Tradition ou kraft Ueberlieferung.

d'Empire (Reichsgericht) de renier en 1920 l'ancienne théorie du Domaine (Fiskus). Elle a supplanté totalement la théorie des litiges civils par analogie en 1941 et a, jusqu'à présent, résisté victorieusement aux attaques dont elle est l'objet depuis 1945, depuis la disparition de sa principale justification, à savoir le caractère limité des attributions des anciens tribunaux administratifs.

§ 1. — La jurisprudence des litiges civils par analogie (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Analogie).

Cette jurisprudence, assez peu étudiée par les juristes allemands (17), semble avoir exercé une influence considérable sur les règles de compétence proprement dites et sur celles relatives à la distinction des droits public et privé. Aujourd'hui encore, quoiqu'elle n'appartienne plus au droit positif, l'idée qui est à la base de cette théorie semble constituer le fondement implicite de la jurisprudence des litiges civils par tradition. C'est pourquoi nous croyons devoir consacrer quelques pages à son étude.

Selon cette théorie, les tribunaux ordinaires étaient compétents pour connaître des litiges de droit public auxquels le droit civil est appliqué par analogie (18). Autrement dit, les tribunaux ordinaires fondaient leur compétence pour connaître de certains litiges administratifs sur le manque d'originalité ou d'autonomie de certaines institutions du droit public (19).

Apparue aux environs de 1900, cette théorie permit aux tribunaux civils de connaître de certains recours en indemnité dirigés contre l'administration. Pour déclarer ceux-ci recevables, il suffisait de leur appliquer les règles de responsabilité propres à certaines institutions du droit civil, notamment au dépôt, au mandat, à la gestion d'affaires ou les règles de l'enrichissement injuste. Sans doute, ces recours n'étaient-ils recevables que dans des hypothèses très particulières. Mais ils n'en étaient pas moins importants puisqu'ils représentaient

(17) Parmi les ouvrages cités au début de la section, seuls trois étudient cette jurisprudence : BOEHMER, I, pp. 284 à 286 ; KNOLL (41. Juristentag), pp. 187 et 188 ; LERCHE, pp. 86 à 88.

(18) Résumant une décision du Tribunal d'Empire (Reichsgericht, RGZ. 114,15), le professeur G. BOEHMER parle expressément de « l'application directe ou indirecte des règles du droit civil, notamment des articles 276 et suiv. du Code civil, à un rapport de droit public (qui est qualifié tel par le haut tribunal) ». BOEHMER, *Grundlagen*, I, p. 286.

(19) On remarquera que la reconnaissance du caractère de droit public de telles institutions est assez platonique : le droit applicable est le droit privé et le tribunal compétent est le tribunal civil.

alors les seuls cas où les victimes des dommages causés par l'administration étaient indemnisées.

Les lois de 1909 et 1910 ont introduit, notamment en Prusse et dans l'Empire, le principe de la responsabilité générale de l'Etat pour les fautes de ses agents et consacré expressément la compétence des tribunaux judiciaires en la matière. Quoique cette législation ait considérablement diminué l'intérêt de notre jurisprudence, celle-ci n'en continua pas moins de se développer en raison du caractère légèrement plus désavantageux des règles propres à la responsabilité de la puissance publique. Aussi, dans de nombreux cas, le tribunal d'Empire a écarté l'application de ces règles et appliqué les règles de droit privé propres au dépôt, au mandat, à la gestion d'affaires ou à l'enrichissement injuste.

Primitivement donc, les tribunaux ordinaires avaient cru appliquer ces règles de droit privé à des litiges de droit privé ; mais lorsqu'ils s'aperçurent que ces litiges portaient en réalité sur des rapports de droit public, ils continuèrent cependant de résoudre ceux-ci à l'aide du droit privé et pensèrent, à juste titre d'ailleurs, qu'ils étaient les plus aptes à leur appliquer le droit privé. Ainsi, les institutions du dépôt, de la gestion d'affaires et de l'enrichissement injuste qui étaient primitivement des institutions de pur droit civil sont devenues, dans de très nombreux cas, des institutions de droit public auxquelles le droit civil est applicable par analogie. Par exemple, lorsqu'un particulier a confié à l'administration des biens lui appartenant (de gré ou de force : biens saisis par la douane, biens déposés à titre de cautionnement) et qu'il en réclame la restitution et demande une indemnité pour les dommages subis par la chose, les dispositions du Code civil relatives au dépôt sont applicables (20). De même, lorsqu'un organisme de sécurité sociale a fourni à un assuré les prestations sociales que devait fournir un autre organisme, et qu'il réclame à ce dernier le remboursement des frais engagés, il invoque l'idée de gestion d'affaires ou d'enrichissement injuste et les dispositions du Code civil lui sont applicables. Dans de tels cas, la théorie des litiges civils par analogie permettait de justifier la compétence des tribunaux ordinaires (21).

Dans une espèce concernant un dépôt de droit public, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a abandonné cette jurisprudence le 10 mars 1941 et il a appliqué celle des litiges civils par tradition déjà vieille de vingt ans (22). Il est peut-être regrettable que l'application

(20) FORSTHOFF, I, 6^e éd. p. 157 ; WOLFF, I, 1^{re} éd., p. 187 ; KLEIN, p. 72.

(21) FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 157 (applicabilité du § 812 B G B) ; WOLFF, I, 1^{re} éd., p. 188.

(22) R G Z. 166, 218 à 240 (10 mars 1941).

par analogie du droit civil ne continue pas d'expliquer la compétence judiciaire dans ces cas, alors qu'elle constitue peut-être le véritable fondement implicite de la théorie des litiges civils par tradition.

§ 2. — La jurisprudence des litiges civils par tradition (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Tradition).

I. — L'ORIGINE DE LA JURISPRUDENCE.

La grande faiblesse de la jurisprudence des litiges civils par analogie a toujours été de ne pas justifier le maintien de la compétence judiciaire dans tous les cas où les théories anciennes relatives à la distinction des droits privé et public la justifiaient autrefois.

C'est pourquoi le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) inaugura le 12 mars 1918 une jurisprudence ayant une portée beaucoup plus générale (23). L'espèce se prêtait à ce qu'une décision de principe soit rendue : le litige portait sur une convention passée entre une commune et une entreprise de tramways. Jusqu'alors, les tribunaux ordinaires voyaient dans un tel contrat un acte typique du droit civil, conception qui recueillait de moins en moins l'approbation de la doctrine. Aussi le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) reconnut à la convention le caractère de contrat de droit public, mais il déclara que les tribunaux ordinaires étaient cependant compétents pour connaître du litige portant sur un tel contrat, parce que ceux-ci avaient toujours été compétents et que l'évolution des conceptions juridiques relatives à la délimitation des droits privé et public ne devait pas aboutir à priver le plaideur de son juge traditionnel.

Contrairement à la théorie du Domaine (Fiskus), et même, dans une certaine mesure, à celle des litiges civils par analogie, cette nouvelle jurisprudence dérogeait brutalement à la règle de spécialisation des tribunaux civils dans le jugement des litiges civils qui avait été posée par le § 13 de la loi d'organisation judiciaire. Cependant, assez paradoxalement d'ailleurs, la décision du 12 mars 1918 fondait cette nouvelle jurisprudence sur l'interprétation de l'intention des rédacteurs du § 13 qui attribue aux tribunaux civils le jugement de « tous les litiges civils et (de) toutes les affaires pénales ».

Le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a exposé son argumentation

(23) R G Z. 92, 310 à 315 ; le texte est cité assez largement par KLEIN, pp. 38 et 39.

dans les « motifs » suivants : « Le législateur... a voulu que tous les litiges régis alors par le droit civil et jugés par les tribunaux ordinaires continuent à revenir à la justice ordinaire. En particulier, la compétence des tribunaux ordinaires devra être admise, lorsqu'à l'époque de la rédaction de la loi d'organisation judiciaire ou de la loi ultérieure considérée, la nature de droit public du litige n'était pas encore reconnue par tous. Les conceptions relatives à la délimitation du droit public et du droit privé se sont (en effet) profondément modifiées au cours des dernières décades : de plus en plus nombreuses sont les institutions juridiques qui étaient autrefois considérées de droit civil et qui sont qualifiées aujourd'hui de droit public. (Or) il est absolument impossible que cette évolution des idées ait pour conséquence de retirer à ces institutions la protection des tribunaux ordinaires et, ce faisant, de leur retirer toute protection juridictionnelle. »

« En conséquence, le § 13 de la loi d'organisation judiciaire doit être compris de la façon suivante : le litige civil est tout litige qui devait être résolu par les tribunaux ordinaires d'après les conceptions juridiques de l'époque où fut rédigée la loi d'organisation judiciaire, ou la loi ultérieure considérée. »

Tel est l'essentiel de l'argumentation sur laquelle repose la théorie dite des litiges civils par tradition. Ce nom caractérise merveilleusement la particularité de cette jurisprudence d'après laquelle le domaine de compétence des tribunaux ordinaires n'est pas constitué par les seuls litiges civils par nature, mais par tous les litiges jugés traditionnellement par les tribunaux ordinaires. Ainsi l'idée de spécialisation de la juridiction ordinaire dans l'application du droit civil devenait une idée fossilisée, puisque cette jurisprudence avait pour but de maintenir la distinction des droits privé et public, telle qu'elle existait à la naissance du II^e Empire allemand.

Dans ses efforts pour maintenir l'ancien domaine de compétence des tribunaux ordinaires tout en répudiant une série de théories vieillies relatives à la distinction des droits privé et public, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) s'est heurté à l'opposition assez vive de la Cour des conflits de Prusse : dans plusieurs décisions, celle-ci a refusé de suivre le haut tribunal (24). Mais, grâce à sa position prééminente et à la rareté des élévations de conflit, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) put persister dans sa manière de voir, même pendant l'époque nazie.

(24) Pr. KKGH. in JW. 1924, 2081 Nr 4 ; JW. 1924, 2083 Nr 5 ; JW. 1926, 2321 Nr 2 ; décisions citées par BOEHMER, I, p. 289, KNOLL, p. 206 (avec quelques autres) et LERCHE, p. 73, note 270.

Quant aux juristes allemands, ils rendirent généralement justice au souci du Tribunal d'Empire d'éviter les dénis de justice, mais beaucoup regrettèrent la maladresse, voire l'extravagance de l'argumentation utilisée; jamais, en effet, une juridiction n'avait prétendu interpréter une loi par référence exclusive aux conceptions juridiques en vigueur au moment de sa rédaction, et donner ainsi une interprétation purement historique et statique d'un texte législatif (25).

Le IV^e Sénat de l'actuelle Cour fédérale (Bundesgerichtshof), successeur du Tribunal d'Empire, a repris intégralement l'argumentation primitive et réaffirmé à nouveau qu'un litige civil au sens du § 13 de la loi d'organisation judiciaire n'est pas un litige relatif à un rapport de droit civil mais un litige qui est jugé traditionnellement par les tribunaux ordinaires (26).

Mais les autres Sénats de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof), et notamment les III^e et V^e, ont adopté une attitude moins brutale, tout en parvenant au même résultat. En effet, leur argumentation plus souple et plus nuancée tient compte de la transformation radicale de la juridiction administrative allemande, qu'entraîne l'introduction du principe de sa compétence générale en matière de droit public.

II. — L'ÉTAT ACTUEL DE LA JURISPRUDENCE.

Depuis 1945, les lois sur les tribunaux administratifs ont mis à nouveau l'accent sur l'idée de spécialisation des juridictions dans l'application d'un droit déterminé. Cependant la jurisprudence judiciaire a cru jusqu'ici devoir maintenir la célèbre théorie des litiges par tradition, quoique la nécessité de combler les lacunes de l'organisation de la justice administrative ait disparu. L'existence de textes attribuant l'ensemble des litiges de droit public aux tribunaux administratifs a cependant contraint la Cour fédérale (Bundesgerichtshof), successeur du Tribunal d'Empire (Reichsgericht), à modifier très sensiblement l'argumentation sur laquelle repose sa jurisprudence.

Cette évolution a d'ailleurs été amorcée dès 1941 par l'ancien

(25) Voir : SCHELCHER, *Ergänzungsheft 50 zum Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung*, 1919, pp. 1 et suiv., 49 et suiv.; HOFACKER, « Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg » in *Archiv für Civilistische Praxis*, Bd 118 (1920), pp. 281 à 349; LASSAR (G.), « Der Erstattungsanspruch » in *Verwaltungs- und Finanzrecht, öffentlich-rechtliche Abhandlungen*, Heft 2, 1921, pp. 74 et suiv. Voir également : F. FLEINER, trad. EISENMANN, 1933, p. 16 note 5.

(26) B G H. 27.9.1951 in B G H Z. 3,162; NJW. 1952, 22; Z Z P. 65, 194; DöV. 1952, 220 (note BACHOF); Verw. Rspr. 4, 581. Cette décision est analysée par KNOLL, p. 196 et KLEIN, p. 61.

Tribunal d'Empire (Reichsgericht) (27). Pour la première fois depuis 1918, celui-ci a affirmé à nouveau le principe de la spécialisation des tribunaux ordinaires dans le jugement des litiges de droit privé et posé en principe que le litige civil au sens du § 13 de la loi d'organisation judiciaire était un litige civil par nature, c'est-à-dire un litige portant sur un rapport de droit civil selon les conceptions modernes. Mais, pour maintenir la catégorie des litiges civils par tradition, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) ajoutait : à côté de ces litiges par nature, il existe des litiges civils par détermination de la loi, et cette détermination de la loi peut être explicite ou implicite (28) ; elle est explicite lorsque telle disposition légale attribue tel litige à la juridiction ordinaire ; elle est implicite dans le cas des litiges civils par tradition, puisque ceux-ci sont attribués implicitement aux tribunaux ordinaires par l'auteur de la loi d'organisation judiciaire. Le grand intérêt que présentait cette nouvelle argumentation était celui de restaurer le principe de la détermination de la compétence judiciaire par la nature du droit applicable, même s'il devait composer avec celui de la détermination de la compétence civile par la tradition.

La Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a repris dans plusieurs décisions (29), l'idée du Tribunal d'Empire d'après laquelle les litiges civils par tradition sont des litiges civils par détermination de la loi, c'est-à-dire des litiges qui, en principe, ne sont pas du ressort de la juridiction civile. Mais, au lieu de fonder le principe de la détermination des compétences par la tradition sur la volonté implicite du législateur de 1877, la Cour fédérale fonde celui-ci sur l'existence d'une véritable règle coutumière qui serait le produit d'un long usage jurisprudentiel. Outre que cette nouvelle justification a le grand avantage d'être dépouillée de toute fiction, elle permet à la Cour fédérale de réfuter plus aisément l'argument d'après lequel la clause générale de compétence des tribunaux administratifs aurait abrogé implicitement la jurisprudence des litiges civils par tradition. En effet, la coutume issue d'une longue jurisprudence constitue une règle de droit explicite, et ne peut donc pas être abrogée implicite-

(27) RGZ. 166, 218 (10 mars 1941) ; il est particulièrement analysé par KLEIN, pp. 39 à 42 et KNOLL, pp. 192 à 195.

(28) En allemand : bürgerliche Rechtstreitigkeit im materiellen Sinne ou nach der Natur der Sache = bürgerliche Rechtstreitigkeit kraft Zuweisung : 1. kraft ausdrücklicher Zuweisung, 2. kraft stillschweigender. Zuweisung.

(29) BGH. 15.2.1951 in ZZP. 64, 368 ; BGH. 12.4.1951 (III, Z.R) in BGHZ. 1, 369 ; BGH. LM. § 13 GVG. Nr 3 ; ZZP. 65, 369 (notes BACHOF et ROSENBERG) ; NJW. 1951, 800 ; JZ. 1951, 634 (note WOLFF) ; DVBl. 1951, 601 (note ULE). — BGH. 8.5.1953 (V.ZR) in BGHZ. 9, 339 ; BGH. LM. § 13 GVG Nr 22 ; NJW. 1953, 1141 ; JZ. 1953, 607 ; DVBl. 1953, 511. — BGHZ. 9, 82.

ment par une loi ultérieure; elle ne peut l'être que par un texte explicite. Ainsi la théorie des litiges civils par tradition est sauve, quoiqu'elle ne soit plus fondée sur le § 13 de la loi d'organisation judiciaire (30).

L'argumentation de la Cour fédérale est très habile. Il est exact en effet que le législateur des années 1946-1952 n'a pas entendu réformer la répartition des compétences entre les deux principaux ordres de juridiction, qu'il a seulement élargi le domaine de compétence des tribunaux administratifs et qu'il n'a donc pas entendu abroger le titre de compétence des tribunaux civils fondé sur la tradition. Encore serait-il nécessaire de faire les plus expresses réserves en ce qui concerne l'intention des rédacteurs de l'ordonnance nord-allemande 165, si l'on se réfère aux travaux préparatoires de celles-ci (31). Mais, pour que cette jurisprudence *contra legem* soit toujours valable, il ne suffit pas que le législateur ne l'ait pas abrogée explicitement, il faut encore qu'elle soit justifiée par ce que le professeur Böhmér a appelé l'*opinio necessitatis* (32). Or celle-ci était fondée jusqu'en 1945 sur les lacunes de la protection juridictionnelle en matière administrative, et l'adoption de la clause générale de compétence des tribunaux administratifs les a fait disparaître radicalement. Selon nous, cette coutume *contra legem* que l'*opinio necessitatis* ne justifie plus, est une coutume caduque.

Quant à la juridiction administrative, elle hésite sur l'attitude à prendre, non qu'elle ne soit intimement persuadée du caractère anachronique de la jurisprudence judiciaire, mais parce qu'elle redoute une querelle avec l'ordre judiciaire qui serait sans issue, faute de juridiction des conflits susceptible d'arbitrer. Les tribunaux administratifs supérieurs des Länder sont divisés : celui de Hambourg défend la thèse judiciaire, celui de Basse-Saxe et de Schleswig-Holstein (Lüneburg) et celui de Bavière (Munich) la repoussent (33). Très sagement le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) s'est abstenu, jusqu'à présent, de prendre parti,

(30) La Cour fédérale appelle, en conséquence, les litiges civils par tradition : « litiges civils par coutume », soit, en allemand : « bürgerliche Streitigkeit kraft Gewohnheitsrecht ».

(31) Selon WOLFF, J.Z. 1951, 637.

(32) BOEHMER, *Grundlagen*, I, p. 291.

(33) O V G Hamburg, 4.8.1951, in M D R. 1951, 697 ; O V G Lüneburg, 28.6.1954, in D V Bl. 1954, 787 ; Bayer V G H. in D V Bl. 1951, 408. Il est intéressant de remarquer que le seul tribunal administratif supérieur favorable à la thèse judiciaire est celui de Hambourg dont les liens avec le tribunal civil supérieur de la ville sont particulièrement étroits (cf. § 118 nordd. V O. 165).

comme en témoignent les motifs d'un arrêt récent (34). Mais, dans le même arrêt, le jeune tribunal se montre décidé à réduire au minimum la portée de la théorie judiciaire et il refuse de l'appliquer aux cas nouveaux de « litiges civils par tradition ».

Le projet fédéral de codification prévoit d'ailleurs son abolition. Il contient un § 38 ainsi rédigé : « Les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître de tous les litiges de droit public qui ne sont pas d'ordre constitutionnel, et pour lesquels la compétence d'un autre tribunal n'est pas prévue par la disposition expresse d'un texte législatif. » L'exposé des motifs précise : « Il est ainsi exclu que les tribunaux civils déduisent leur compétence d'un simple usage judiciaire reposant sur la tradition (litiges civils par tradition). » Cette réforme ne semble pas devoir se heurter à une opposition au sein du Parlement (35).

D'ailleurs, même si l'institution des litiges civils par tradition n'était jamais abolie, le principe de la répartition des compétences selon la nature du droit applicable n'en demeurerait pas moins le principe dominant du droit allemand en raison de la portée très limitée de l'actuelle jurisprudence.

III. — LA PORTÉE TRÈS LIMITÉE DE LA JURISPRUDENCE JUDICIAIRE.

La portée de la théorie des litiges civils par tradition est aujourd'hui très limitée tant sur le plan théorique que pratique.

Sur le plan théorique, sa portée a été considérablement amoindrie par le jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 10 mai 1941 qui a admis le caractère dérogatoire de la théorie des litiges civils par tradition. En effet, depuis ce moment, les tribunaux civils ne sont compétents, en principe, que pour connaître des litiges civils par nature, et c'est seulement exceptionnellement qu'ils sont compétents pour connaître de certains litiges de droit public qu'ils ont toujours jugés.

De plus, ces litiges sont, dans la pratique, très peu nombreux. Les hypothèses les plus fréquentes sont au nombre de deux. Ce sont d'une part les litiges opposant les Eglises à leurs fidèles soit qu'ils

(34) B Verw G. 20.6.1956 in : B Verw G E. 4, 6, NJW. 1957, 234 (note DANCKELMANN ; article SCHACK, p. 652), B B. 1956, 1169 (note EHLERS) et D V Bl. 1957, 27. Il n'est pas d'ailleurs certain que le litige porté devant le haut tribunal soit véritablement un litige civil par tradition, comme celui-ci l'affirme. Sur la nature juridique de ce litige (une demande en indemnisation pour charge particulière), voir *infra*, p. 105 et surtout pp. 119 et suiv.

(35) Du moins, n'a-t-il soulevé aucune objection en première lecture au sein du Conseil de la Fédération (Bundesrat). Voir *Deutscher Bundestag*, « 1. Wahlperiode 1949, Drucksache Nr 4.278, p. 33.

aient trait aux impôts ecclésiastiques, soit qu'ils concernent les cimetières administrés par elles (36) ; ce sont, d'autre part, les demandes tendant à ce que l'administration respecte ses obligations de dépositaire pour les biens privés qu'elle a saisis ou qui lui ont été confiés (37).

Il est très douteux que les litiges tendant à l'indemnisation pour charge particulière (*Aufopferung*) appartiennent à la catégorie des litiges civils par tradition. Sans doute, la compétence judiciaire ne repose-t-elle sur aucun texte, et les tribunaux administratifs y voient souvent un litige civil par tradition. Mais les tribunaux ordinaires n'indiquent généralement pas le fondement de leur compétence qu'ils se reconnaissent implicitement. Nous retrouverons à la fin de ce chapitre le problème du fondement de la compétence judiciaire en cette matière.

En dehors des deux cas généraux d'application que nous venons de citer, les litiges civils par tradition sont peu nombreux et assez hétéroclites. Ils portent, par exemple, sur un contrat de droit public conclu entre une commune et une société concessionnaire de tramways ou de métro, sur une contribution due par le riverain d'une voie publique, sur une demande d'indemnisation pour le retrait d'un privilège fiscal à une entreprise de chemin de fer, etc. (38).

Ces observations permettent de conclure que le principe de répartition des compétences selon le droit applicable n'est pas une simple façade législative derrière laquelle se dissimulerait une réalité jurisprudentielle entièrement différente. Par contre, dans les sections suivantes, nous constaterons que le principe subit de plus graves atteintes en Allemagne qu'en France.

SECTION II

L'ATTRIBUTION AUX TRIBUNAUX CIVILS DU CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE (*Staatshaftung*) ..

BIBLIOGRAPHIE : FLEINER, trad. EISENMANN, *Les Principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, pp. 172 à 179. — JELLINEK (W.), *Verwaltungs-*

(36) R G Z. 111, 211. — R G Z. 157, 246. — R G in J W. 1937, 227, Nr 9. — B G H. 8.5.1953 (V. ZR) in B G H Z. 9, 339 ; B G H. L M. § 13 G V G Nr 22 ; N J W. 1953, 1141 ; J Z. 1953, 607 et D V B l. 1953, 511.

(37) R G Z. 10.3.1941 (V. ZR) in R G Z. 166, 218 et « Deutsches Recht » 1941, 1487 (note SCHOENKE). — B G H. 15.2.1951, B G H. 12.4.1951, B G H. 27.9.1951, dont les références figurent aux notes (29) et (26).

(38) R G Z. 92, 310 ; 106, 177 ; R G Z. 93, 201 ; R G Z. 130, 313.

recht, 3^e éd., 1931, pp. 320 à 388. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., 1956, pp. 267 à 273. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., 1956, pp. 279 à 290. — VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd., 1956, pp. 157 à 164.

En droit français, la juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre la puissance publique a toujours été la juridiction administrative, et cette solution a été successivement fondée sur la théorie de l'Etat-débiteur et sur celle de la séparation des pouvoirs (39). Sans doute, à l'origine, le Conseil d'Etat posa le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique et n'admit les demandes en réparation que sur la base d'un texte de loi ; mais ce principe fut abandonné progressivement et l'évolution était achevée en 1905, ainsi qu'en témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu dans l'affaire Tomaso-Grecco : « Il est exact que pendant un certain temps la jurisprudence a cru pouvoir formuler cette règle que les actes de police et de puissance publique n'étaient pas de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'administration. Mais on a fini par reconnaître les inconvénients, les contradictions, les conséquences iniques auxquels pouvaient conduire cette formule beaucoup trop absolue » (40). Le Conseil d'Etat a même si bien développé la responsabilité de la puissance publique que celle-ci déborde aujourd'hui le cadre logique de la responsabilité qui est celui de la réparation des dommages accidentels provenant d'une faute ou de la réalisation d'un risque, et s'étend à la réparation des dommages résultant de l'exercice légal d'un droit de l'administration, c'est-à-dire au contentieux du dédommagement de droit public (41). Ce faisant, le Conseil d'Etat a agrandi lui-même le domaine de sa compétence. Du moins a-t-il pu le faire chaque fois qu'un texte législatif ne prévoit pas expressément la compétence judiciaire. En matière de responsabilité, ces hypothèses sont rares ; les trois plus importantes ont trait aux dommages causés par les attroupements et les émeutes, à ceux survenant dans une école publique, enfin à ceux causés par les véhicules de l'administration (42).

En Allemagne, la juridiction compétente en matière de responsabilité a toujours été la juridiction civile. Nous montrerons, tout

(39) Voir CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd. 1954, pp. 46 à 64.

(40) C.E. 10 février 1905, Tomaso-Grecco, *Rec.*, p. 140 ; S. 1905.3.113, note HAURIOU⁶ ; D. 1906, 381, concl. ROMIEU.

(41) Voir A. DE LAUBADÈRE, *Droit administratif*, 2^e éd. 1957, pp. 483 et 484 et G. VEDEL, *Droit administratif*, 1958, I, pp. 221 et 222. Cette question sera reprise à la section III de ce chapitre.

(42) Loi du 5 avril 1884 modifiée par la loi du 16 avril 1914 ; loi du 5 avril 1937 ; loi du 31 décembre 1957.

d'abord, comment cette compétence est apparue et comment elle a été consacrée ensuite par les textes constitutionnels; puis nous mesurerons l'étendue du contentieux qui est ainsi attribué aux tribunaux civils; enfin, nous nous interrogerons sur les répercussions que le caractère judiciaire de ce contentieux a entraînées tant sur le partage des compétences juridictionnelles que sur la nature du droit applicable, et nous nous apercevrons alors que le fossé qui sépare nos deux droits est moins grand qu'on pourrait le penser.

§ 1. — L'origine et le fondement de la compétence judiciaire.

I. — L'ORIGINE DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE.

Cette règle n'a pas pour origine la jurisprudence judiciaire relative à la théorie du Domaine (Fiskus) (43). Sans doute, celle-ci permettait aux tribunaux judiciaires de connaître de toutes les actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur et aurait donc pu justifier la compétence judiciaire en matière de responsabilité, du moins lorsque la réparation n'est pas réclamée en nature. Mais ce serait oublier qu'à l'époque le principe de l'irresponsabilité de l'Etat appartenait encore au droit positif.

Les tribunaux judiciaires ne jugeaient donc en principe aucun litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, si un texte législatif formel n'en prévoyait pas la possibilité. Le recours à la théorie des litiges civils par analogie, étudiée précédemment, était le seul moyen de tourner ce principe (44).

Ainsi, le contentieux de la responsabilité publique fut, à l'origine, non pas celui de la responsabilité de la puissance publique, mais seulement celui de la responsabilité des fonctionnaires. Or celle-ci semblait, alors, être régie par le droit privé (45). De fait, le Code civil allemand, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1900, ne manqua pas de la réglementer (§ 839). La compétence judiciaire pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre un fonctionnaire

(43) Voir l'exposé de cette théorie au chapitre III, section I.

(44) Voir l'exposé de cette théorie jurisprudentielle au chapitre III, section I.

(45) Ainsi Otto MAYER écrit en 1903 dans l'édition française de son ouvrage : *Le Droit administratif allemand*, I, p. 295 : « L'obligation qui incombe au fonctionnaire de réparer le dommage qu'il a causé dans l'exercice de ses fonctions est, sans (aucun) doute, de nature civile. Elle est soumise aux règles que le droit civil a établies pour les obligations résultant de faits illicites. » Mais en 1914, dans la seconde édition allemande de son ouvrage, il écrit déjà : « Lors de la rédaction du Code civil, on avait en conscience que l'on pénétrait dans un domaine du droit privé se trouvant à la frontière du droit public. » (I, p. 190).

fautif fut donc admise sans discussion, comme elle le fut d'ailleurs également en France.

En 1909 et 1910, des lois impériale et prussienne introduisirent en Allemagne le principe général de la responsabilité de la puissance publique. Elles permirent à la victime de demander réparation à l'Etat aux lieux et place du fonctionnaire (46). Les règles de l'article 389 demeuraient applicables et l'Etat étant ainsi seulement substitué au fonctionnaire, la compétence des tribunaux civils fut naturellement conservée.

L'origine de la compétence des tribunaux civils allemands en matière de responsabilité de l'Etat du fait de ses fonctionnaires est ainsi semblable à celle des tribunaux civils français en matière de responsabilité de l'Etat du fait des instituteurs publics. Lorsque le législateur français a substitué l'Etat à l'instituteur, il a maintenu l'article 1384 du Code civil et la compétence judiciaire (47).

II. — LE FONDEMENT.

La Constitution de Weimar consacra dans son article 131 le principe de la responsabilité de la puissance publique et de la compétence des tribunaux civils pour en connaître (48). La jurisprudence judiciaire interpréta très largement le texte et notamment les notions de fonctionnaire et de puissance publique qui figuraient dans le texte.

C'est pourquoi ces deux expressions n'ont pas été reprises dans la Constitution de Bonn dont l'article 34 dispose : « Lorsque un individu manque, dans l'exercice de sa fonction publique à l'un de

(46) § 1, alinéa 1, Reich-haftungsgesetz (R Haft G.) 22.5.1910 (R G Bl. p. 798) : « Lorsqu'un fonctionnaire d'Empire (fédéral), dans l'exercice de la puissance publique qui lui est confiée, manque, intentionnellement ou par négligence, à l'un des devoirs qui lui incombent à l'égard des tiers en raison de sa fonction, la responsabilité déterminée au paragraphe 839 du Code civil pèse sur l'Empire (la Fédération) à la place du fonctionnaire. » Références pratiques de cette loi SARTORIUS, *Verfassungs- und Verwaltungsgesetze*, 20^e éd. 1956, 12 et FORSTHOFF, *Gesetzesammlung*, 1956, C/2.

(47) Loi du 20 juillet 1899, modifiée le 5 avril 1937.

(48) Art. 131 Weimarer Reichsverfassung (W R V) : « Lorsqu'un fonctionnaire, dans l'exercice de la puissance publique qui lui est confiée (Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt), manque, intentionnellement ou par négligence, à l'un des devoirs qui lui incombent à l'égard des tiers en raison de sa fonction, la responsabilité pèse en principe sur l'Etat ou la collectivité au service de laquelle il agit. Le recours de l'Etat contre le fonctionnaire fautif est possible. La compétence des tribunaux ordinaires ne peut pas être supprimée par une loi. » Référence pratique de la Constitution de Weimar : FORSTHOFF, *Gesetzesammlung*, A/1 a.

ses devoirs envers les tiers, la responsabilité incombe, en principe, à l'Etat ou à la collectivité au service de laquelle il se trouve. Ces derniers peuvent intenter une action récursoire contre le fonctionnaire qui est coupable de préméditation ou de faute lourde. Pour l'action en dommages-intérêts et l'action récursoire, la compétence des tribunaux ordinaires ne peut pas être supprimée par une loi. » Un certain nombre de Constitutions de Länder consacrent les mêmes principes juridiques (49).

§ 2. — L'étendue du contentieux judiciaire de la responsabilité de la puissance publique.

D'après la lettre même de l'article 34 de la Loi fondamentale, la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître du contentieux de la responsabilité est absolument générale.

Une telle règle est inconnue du droit français. Certes plusieurs lois prévoient que la réparation par l'Etat de certains dommages sera poursuivie devant les tribunaux civils (50). Mais la jurisprudence judiciaire n'a jamais bâti sur ces textes une théorie générale de la responsabilité publique.

Au contraire, en droit allemand, la compétence judiciaire en matière de responsabilité publique est aussi générale que la responsabilité de la puissance publique elle-même. Or les exceptions à cette dernière sont rares : seuls les actes du ministère fédéral des Affaires étrangères et ceux des agents publics percevant pour leur propre compte des taxes sur les usagers n'engagent pas la responsabilité de l'Etat (51).

Le caractère très général de la responsabilité de l'Etat fut encore accentué par les efforts de la jurisprudence judiciaire au cours des années 1920-1945. En effet, alors que la Constitution de Weimar ne prévoyait la responsabilité de l'Etat que pour les actes des fonctionnaires exerçant la puissance publique, la jurisprudence de l'ancien Tribunal d'Empire était parvenue à admettre la responsabilité de l'Etat chaque fois qu'un agent public quelconque, y compris un

(49) Constitution de l'Etat libre de Bavière du 2 décembre 1946 (G V Bl. 333), art. 97. Constitution de la Province de Rhénanie-Palatinat du 18 mai 1947 (V O Bl. 209), art. 128.

(50) Loi du 5 avril 1884 modifiée par la loi du 16 avril 1914 (dommages causés par les attroupements). Loi du 20 juillet 1889 modifiée par la loi du 5 avril 1937 (dommages causés aux élèves ou par les élèves des écoles publiques à la suite d'un défaut de surveillance du maître). Loi du 31 décembre 1957 (dommages causés par les véhicules de l'administration).

(51) § 5 de la loi du 22 mai 1910 sur la responsabilité de l'Empire (Reichshaftungsgesetz ; voir références à la note 46, p. 108).

employé lié à l'Etat par un contrat de droit privé, a agi dans l'exercice de ses fonctions publiques, même si celles-ci ne comportent pas l'emploi de la puissance publique (52). Cette interprétation extensive de l'article 131 de la Constitution de Weimar, a été expressément confirmée par l'article 34 de la Loi fondamentale de Bonn (53).

Dans son effort d'extension de la responsabilité de l'Etat, la jurisprudence judiciaire n'a pas encore osé abandonner la condition de la faute. En principe, l'Etat n'est responsable que des fautes de ses fonctionnaires. Sans doute quelques textes consacrent l'idée de responsabilité pour risque (*Gefährdungshaftung*) (54); mais la jurisprudence n'a pas interprété extensivement ces textes ni fait sienne cette idée. En effet, comme nous le verrons plus loin, la jurisprudence judiciaire préfère dans ces hypothèses indemniser la victime sur la base des théories relatives aux atteintes à la propriété. Certains auteurs éminents, tel le professeur Forsthoff (55), regrettent l'application aux dommages accidentels non fautifs de théories qui primitivement ne devaient concerner que les empiètements volontaires de l'administration. Quelle que soit l'issue de cette controverse, l'état actuel du droit positif est certain : le contentieux de la responsabilité de la puissance publique ne comprend que les cas de responsabilité pour faute. Il est donc d'une étendue sensiblement moindre que le contentieux français analogue, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que les cas de responsabilité sans faute soient moins fréquents en droit allemand, mais seulement qu'ils appartiennent à un autre contentieux.

Une autre règle limite également la portée de l'attribution aux tribunaux civils du contentieux de la responsabilité de la puissance publique, du moins aux yeux des juristes allemands : celle d'après laquelle la réparation peut consister seulement dans le versement d'une somme d'argent, ou, parfois, dans la fourniture de biens foncibles. Cette règle ne figure dans aucun texte, car elle a été élaborée par la jurisprudence de l'ancien Tribunal d'Empire (*Reichs-*

(52) Sur l'interprétation jurisprudentielle de l'expression « puissance publique (*öffentliche Gewalt*) utilisée par la Constitution de Weimar, voir R G Z. 121, 254 (décision publiée également dans J W. 1927, p. 1994, n° 6); voir notre chapitre IX.

(53) Telle est du moins, l'opinion la plus généralement répandue. Voir, par exemple, FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 268 et 270.

(54) §§ 7 et suiv. *Strassenverkehrsgesetz* ou loi sur la circulation routière, 19.12.1952 (SARTORIUS 113; SCHÖNFELDER 35 b). — § 1 *Reichshaftpflichtgesetz für Personenschäden* ou loi d'Empire sur l'obligation de garantie pour les dommages causés aux personnes, 7.6.1871 (SCHÖNFELDER 33). — § 1 *Eisenbahn- und Strassenbahnhaftpflichtgesetz für Sachschäden* ou loi sur l'obligation de garantie des entreprises de chemins de fer et de tramways pour les dommages causés aux choses, 23.4.1940 (SCHÖNFELDER 33 a). — Voir WOLFF, *Verwaltungsrecht* I, 1^{re} éd., p. 291.

(55) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 299 à 304.

gericht) (56). La raison d'être de cette règle était évidente : exiger de l'administration une réparation en nature, c'est exiger, la plupart du temps, l'annulation d'une décision administrative. Dans le système antérieur à 1945, les plaideurs seraient donc parvenus à obtenir des tribunaux judiciaires qu'ils annulent une décision administrative à titre de réparation. Ce faisant, ils auraient tourné le texte de loi déclarant que telle décision administrative était insusceptible de recours ou qu'elle n'était annulable que par les tribunaux administratifs. Les tribunaux civils auraient ainsi empiété tout à la fois sur l'exercice des fonctions administratives et sur les compétences des tribunaux administratifs. La Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a maintenu cette règle afin de respecter les nouvelles attributions de tribunaux administratifs (57) ; certains auteurs avaient cependant demandé sa suppression, car elle entraîne souvent de regrettables scissions de contentieux (58) comme nous allons le démontrer.

§ 3. — Les conséquences du caractère judiciaire du contentieux de la responsabilité de la puissance publique.

Ces conséquences ont trait tant au problème du partage des compétences qu'à celui de la détermination du droit applicable à un litige.

I. — LES CONSÉQUENCES RELATIVES AU PARTAGE DES COMPÉTENCES ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS ET ADMINISTRATIFS.

Le contentieux de la responsabilité des collectivités publiques (et celui de leurs agents) n'est pas partagé entre les tribunaux civils et administratifs comme en France. Il revient aux tribunaux civils, que les collectivités publiques aient agi selon le droit public ou selon le droit privé. Dans le premier cas, les tribunaux civils sont compétents sur la base de l'article 34 de la Loi fondamentale ; dans le second cas, les tribunaux civils sont compétents en vertu du § 13 de la loi d'organisation judiciaire, que leur confie le jugement de tous les

(56) Voir R G Z. 150, 140 et BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung* I, pp. 218 et 219.

(57) Voir B G H Z. 5, 102 ; NJ W, 1952, 621 et WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., p. 288 et BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd., p. 164.

(58) Voir HEIDENHAIN in NJ W. 1949, 843, cité par WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., p. 288. Cet auteur prétendait que l'article 19, alinéa 4 de la Loi fondamentale (étudié au précédent chapitre) permettait aux tribunaux ordinaires de condamner l'administration à réparer en nature.

litiges civils. Ainsi le droit allemand ignore les délicats problèmes que soulève en France le partage de ce contentieux entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. Les grands arrêts français qui ont été rendus sur le problème de la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires ne l'ont-ils pas tous été en matière de responsabilité ?

Mais en revanche, le système allemand a l'inconvénient de ne pas confier aux mêmes tribunaux le contentieux de l'annulation des décisions administratives et celui de la réparation des dommages causés par les décisions annulées (59). En présence d'une mesure administrative à la fois illégale et préjudiciable, un individu souhaite en général obtenir, pour l'avenir, l'annulation de l'acte dommageable et pour le passé, la réparation du préjudice subi définitivement. En France, il formera simplement devant un tribunal administratif un recours de pleine juridiction où la demande d'indemnisation sera jointe à la demande en annulation. Mais, en Allemagne, ce plaideur doit intenter deux actions distinctes : l'une en responsabilité devant le tribunal civil, l'autre en annulation devant le tribunal administratif. Quoique cette infériorité du droit allemand ne concerne que les actes juridiques dommageables, elle est suffisamment grave pour que certains juristes allemands s'en émeuvent et réclament le transfert aux tribunaux administratifs du contentieux de la responsabilité de la puissance publique (60). Quoique cette proposition n'ait aucune chance de succès, il faut observer qu'elle n'est nullement déraisonnable, car le système actuel allemand possède déjà deux contentieux distincts de la responsabilité des collectivités publiques. En effet, les actions en responsabilité portées devant les tribunaux judiciaires ne sont pas régies par les mêmes règles et le problème de la détermination du droit applicable demeure.

II. — LES CONSÉQUENCES RELATIVES A LA NATURE DU DROIT APPLICABLE.

En droit allemand, il n'y a pas un droit unique applicable à toutes les activités dommageables des personnes publiques, mais deux corps de règles bien distincts applicables à des hypothèses bien différentes. Le premier est constitué par la combinaison de l'article 34 de la

(59) Nous disons bien le contentieux de l'annulation, non pas celui de l'appréciation de la légalité. En effet, les tribunaux ordinaires sont compétents pour apprécier eux-mêmes le caractère irrégulier et fautif de l'acte dommageable.

(60) Sur cette controverse, voir WEBER (W.), Referat auf der Tagung der « Gemischten Kommission von Staats- und Zivilprozessrecht Lehrern », octobre 1951, in M D R. 1952, 25.

Loi fondamentale et des divers textes régissant la responsabilité des fonctionnaires à laquelle celle de l'Etat a été substituée et cet ensemble de règles n'est applicable qu'aux dommages causés par l'administration agissant dans les formes du droit public : « Dans l'exercice de la puissance publique » (in Ausübung der öffentlichen Gewalt), disait l'article 131 de la Constitution de Weimar; « dans l'exercice de ses fonctions publiques » (in Ausübung des öffentlichen Amtes), dit l'article 34 de la Loi fondamentale. Le second corps de règles est constitué par le droit commun de la responsabilité et celui-ci est applicable lorsque l'Etat agit à la façon d'un particulier et dans les formes du droit privé, c'est-à-dire lorsque l'Etat exerce ses activités « domaniales » (fiskalisch) selon l'expression allemande. Cette application du droit commun est même prévue expressément par le paragraphe 89 du Code civil allemand, dans un cas particulier, il est vrai (61).

La plupart des juristes allemands voient avec raison un droit public de la responsabilité dans le droit spécial à la responsabilité de l'administration agissant en qualité de puissance publique. Certes, les droits privé et public de la responsabilité sont-ils très proches; ils n'en sont moins différents l'un de l'autre. Autrefois le droit public de la responsabilité était sensiblement plus restrictif que le droit civil (62); aujourd'hui, la situation est inversée et le droit public de la responsabilité est bien souvent plus favorable à la victime (63). Cette évolution est suffisamment caractéristique pour que l'on admette l'autonomie du droit spécial à la responsabilité des collectivités publiques, et, par là même, son appartenance au droit public.

(61) § 89 B.G.B. : « Les dispositions du § 31 sont applicables par analogie au Domaine (Fiskus) comme aux autres collectivités, fondations et établissements du droit public ». Or le § 31 dispose : « La personne morale répond des préjudices causés par le conseil d'administration, un membre de celui-ci ou un autre représentant statutaire, lorsque ceux-ci ont commis, dans l'exercice de leurs fonctions, un acte engageant leur responsabilité. »

(62) Le texte du § 839 du Code civil (B.G.B.) était à l'origine très restrictif. D'après celui-ci, le fonctionnaire, auquel s'est substitué l'Etat, n'est tenu de réparer que lorsque : 1° le fonctionnaire a manqué à un devoir envers les tiers; 2° la victime n'a pas d'autre recours en indemnisation; 3° la victime n'a pas pu éviter le préjudice en usant des moyens de droit qui sont à sa disposition. De plus, de nombreuses lois provinciales obligeaient la victime à obtenir de l'administration l'autorisation préalable de poursuivre, ou du moins la constatation du caractère illégal de l'acte dommageable.

(63) Le caractère restrictif des conditions du § 839 du Code civil (B.G.B.) a été atténué par la jurisprudence, surtout en ce qui concerne l'exigence d'un devoir du fonctionnaire envers les tiers (voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 271). Le régime de Weimar a supprimé la condition de la décision préalable de l'administration. Enfin, le droit de la responsabilité publique présente le grand avantage sur celui de la responsabilité du fait des préposés (§ 831 B.G.B.) de ne pas permettre à l'administration de se disculper en invoquant l'absence de faute dans le choix de son personnel.

L'ancienne conception, d'après laquelle le droit spécial à la responsabilité de la puissance publique serait un droit privé, est pratiquement abandonnée. Cependant on en trouve encore quelques traces dans la doctrine et dans la jurisprudence (64). Elle repose sur l'argumentation suivante : l'Etat s'est seulement substitué aux fonctionnaires; la responsabilité de l'Etat obéit donc à toutes les règles relatives à la responsabilité des fonctionnaires; or, ces règles sont de droit privé puisqu'elles s'appliquent à des particuliers, reposent sur la notion civiliste de délit et sont contenues dans le Code civil; donc, les règles juridiques relatives à la responsabilité de la puissance publique sont elles-mêmes de droit privé.

Les objections à cette argumentation ne manquent pas. Tout d'abord, il n'est nullement certain que les règles relatives à la responsabilité des fonctionnaires appartiennent au droit civil : elles sont, en effet, dérogatoires au droit commun et ne sont applicables qu'aux actes accomplis selon le droit public. Quant à l'argument d'après lequel la responsabilité du fonctionnaire est une responsabilité mettant en cause un particulier, il n'est nullement convaincant; en effet, le fonctionnaire n'est pas un particulier comme un autre et l'exemple de la jurisprudence française, qui admet la compétence des tribunaux administratifs pour connaître des actions récursoires de l'Etat contre le fonctionnaire, en témoigne (65). Bien plus, la responsabilité de l'Etat ne suit pas exclusivement les règles de la responsabilité des fonctionnaires, car elle obéit également à des règles qui lui sont propres; il en est ainsi, par exemple, des règles relatives à la détermination de la collectivité sur laquelle pèse l'obligation de réparer les préjudices causés par le fonctionnaire fautif.

Ainsi, il ne fait pas de doute qu'il existe en droit allemand deux droits distincts de la responsabilité, dont l'un appartient au droit privé et l'autre au droit public.

Par conséquent, le tribunal civil allemand qui est saisi d'une action en responsabilité dirigée contre une personne publique, doit résoudre le même problème de la détermination du droit applicable que les tribunaux français. Sans doute, la solution de ce problème n'a pas la moindre répercussion sur la compétence juridictionnelle, puisque celle-ci est toujours judiciaire et le plaideur n'est donc pas

(64) LERCHE (Peter), *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, 1953, pp. 103 à 105 et la note 435 qui cite une décision jurisprudentielle à l'appui de sa thèse. *Contra*, B G H Z. 11, 198; N J W. 1954, 428.

(65) T.C. Moritz, 26 mai 1954, Rec., p. 708; S. 1954.3.85, conclusions LETOURNEUR; D. 1955.385, note CHAPUS; J.C.P. 1954.II.8334, note VEDEL.

exposé au risque de gravir successivement les divers échelons des deux ordres de juridictions. Mais le tribunal n'en a pas moins à résoudre le délicat problème de la détermination de la nature du droit applicable au litige, droit privé ou droit public. Or, celui-ci constitue la principale difficulté engendrée en France par le partage du contentieux de la responsabilité des collectivités publiques entre les deux ordres de juridictions. En Allemagne, les difficultés dues à l'existence de deux contentieux de la responsabilité ne sont donc pas supprimées par le fait que la compétence est toujours judiciaire.

Par conséquent, l'étude de la jurisprudence judiciaire relative au droit applicable à la responsabilité des collectivités publiques présente pour notre étude le plus grand intérêt. Certes, celle-ci ne concerne pas directement la répartition des compétences, mais seulement l'opération intellectuelle qui lui est préalable, à savoir la délimitation entre les activités administratives régies par le droit public et celles régies par le droit privé. Mais, par la force des choses, elle est en harmonie avec une autre jurisprudence judiciaire, celle qui concerne la répartition des compétences elle-même. Or, du fait que pendant longtemps les tribunaux ordinaires ont réparti de façon unilatérale les litiges entre eux et les tribunaux administratifs, leur jurisprudence est à la fois la plus abondante, la plus ferme et la mieux élaborée en notre matière. C'est pourquoi, bien souvent, les tribunaux administratifs eux-mêmes invoquent la distinction de l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) entre les activités de puissance publique (*hoheitlich*) et les activités « domaniales » (*fiskalisch*) de l'administration. Est-il nécessaire d'ajouter que le problème du droit applicable à l'action administrative est particulièrement difficile à résoudre en matière de responsabilité ? C'est pourquoi nous n'hésiterons pas, dans la troisième partie, à utiliser largement la jurisprudence judiciaire relative à la détermination du droit applicable à la responsabilité des collectivités publiques.

Ainsi, en matière de responsabilité, les systèmes français et allemands sont moins opposés qu'ils ne le paraissent au premier abord : tous deux se caractérisent par la dualité du contentieux de la responsabilité des collectivités publiques. Simplement, cette dualité ne porte que sur le fond du droit et non pas à la fois sur le fond et la compétence comme en France.

Nous verrons qu'en matière de dédommagement de droit public, l'opposition entre les deux droits est encore moins accusée et cède souvent la place à un parallélisme étonnant.

SECTION III

L'ATTRIBUTION AUX TRIBUNAUX CIVILS DU CONTENTIEUX
DES DÉDOMMAGEMENTS DE DROIT PUBLIC
(öffentlich-rechtliche Entschädigung)

BIBLIOGRAPHIE : Ouvrages généraux : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 273 à 299. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht* I, 1^{re} éd. 1956, pp. 266 à 279 et 290 à 295. — BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, pp. 164 à 182. — VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., pp. 163 à 176. — HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e 1954, II, pp. 3 à 61.

MONOGRAPHIES : *Gutachten für den 41. Juristentag*, Berlin 1955, Band I : SCHACK (F.) « Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln ? » ; KNOLL (E.), « Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind » ; MUENCH (F.), « Entschädigung für staatliche Einwirkungen im französischen Recht ». — REINHARDT - SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums*, 1954. — WEBER (Werner), « Eigentum und Enteignung » in *Die Grundrechte*, herausgegeben von F. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, 1954.

Les juristes allemands entendent par dédommagement de droit public (öffentlich - rechtliche Entschädigung) (66) l'indemnisation d'un préjudice que la puissance publique impose à un individu, non pas accidentellement à l'occasion de l'exercice de ses pouvoirs, mais volontairement dans l'exercice même de ses pouvoirs. Il en est ainsi pour citer des exemples empruntés au droit français, lorsque le législateur interdit la fabrication de certains produits laitiers, lorsque l'administration refuse de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'un jugement, lorsque l'administration refuse à un employeur l'autorisation de licencier la main-d'œuvre excédentaire, lorsque l'administration exproprie ou réquisitionne le bien d'un individu. Ce caractère volontaire n'implique d'ailleurs pas nécessairement la régularité juridique de l'intervention administrative. La logique a même poussé, nous le verrons (67), la jurisprudence allemande à étendre la théorie du dédommagement de droit public

(66) Dans l'édition française de son traité (1903), O. MAYER a traduit *Entschädigung* par indemnité pour dommages causés par l'administration. Dans la traduction de l'ouvrage de FLEINER (1933), le professeur EISENMANN a adopté l'expression indemnisation de droit public. Pour notre part, nous préférons éviter l'une et l'autre de ces expressions qui s'appliquent également au droit de la responsabilité et adopter une traduction respectant l'étymologie.

(67) Voir le § 2 de cette section, p. 127.

(öffentlich - rechtliche Entschädigung) aux atteintes volontaires à la fois irrégulières et fautives (shuldhaft - rechtswidrige Eingriffe).

En France, comme en Allemagne, l'indemnisation des particuliers pour les dommages causés volontairement par la puissance publique se fonde sur deux idées voisines, mais distinctes : la protection de la propriété privée, d'une part, l'égalité des citoyens devant les charges publiques, d'autre part.

En France, l'idée de protection de la propriété privée justifie l'attribution au juge civil de certaines demandes en indemnisation dirigées contre la puissance publique. C'est ainsi que le législateur a prévu la compétence judiciaire pour l'indemnisation des expropriations et des réquisitions (68). La jurisprudence judiciaire a étendu cette règle aux atteintes irrégulières non fautives portées à la propriété immobilière (expropriation indirecte) (69). Bien plus, elle l'a étendue à certaines atteintes irrégulières et fautives portées à la propriété privée, mobilière et immobilière, dans le cadre des théories de la voie de fait et de l'emprise; pour ce faire, elle a invoqué le principe coutumier de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée. Dans quelques cas, la théorie a même débordé le cadre de la protection de la propriété privée et elle s'est appliquée à certaines atteintes volontaires et fautives portées à la liberté individuelle. Le Tribunal des conflits a consacré cette jurisprudence (70).

En revanche, les recours en indemnisation fondés sur le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques doivent être appréciées par les tribunaux administratifs. C'est l'application de la règle générale selon laquelle toutes les actions en « responsabilité » intentées contre la puissance publique ressortissent à la juridiction administrative (71).

(68) En matière d'expropriation, la compétence judiciaire a été tout d'abord entière (Loi du 8 mars 1810); puis elle a été limitée au contrôle d'organes spéciaux (jury d'expropriation, commission arbitrale d'évaluation); elle est redevenue entière depuis l'ordonnance du 23 octobre 1958. — En matière de réquisition, c'est-à-dire pour les modes de cession forcée autres que l'expropriation, le contentieux de l'indemnisation est confié aux « juridictions civiles qui statuent dans les limites normales de leur taux de compétence » (Ordonnance du 6 janvier 1959).

(69) Voir A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd. 1957, pp. 787 et 788.

(70) Voir A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd. 1957, pp. 302 à 310. — ODENT, *Contentieux administratif*, cours polycopié 1953-1954, I, pp. 158 à 175. — WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd. 1957, pp. 84 à 90.

(71) Seul le professeur VEDEL, *Droit administratif*, 1958, I, pp. 221 et 222, distingue nettement les cas de responsabilité pour risque — qui concernent la réparation de certains dommages accidentels — et les cas d'indemnisation se rapportant à l'idée d'égalité devant les charges publiques — qui concernent la réparation des dommages voulus. Le professeur WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd., p. 690, esquisse la distinction lorsqu'il écrit : « Il y a des cas où le mot même

En Allemagne, on ne retrouve pas ce partage de compétences juridictionnelles : tous les recours en dédommagement de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung) sont portés devant les tribunaux civils qu'ils soient fondés sur l'idée de protection de la propriété privée ou sur celle d'égalité devant les charges publiques.

Comme dans la section précédente, nous étudierons successivement l'origine et le fondement de la compétence judiciaire, l'étendue du contentieux du dédommagement de droit public et les conséquences du caractère judiciaire de ce contentieux.

§ 1. — L'origine et le fondement de la compétence judiciaire.

En droit allemand, l'obligation faite à la puissance publique de dédommager les victimes de certaines de ses interventions est fondée tantôt sur la théorie de l'expropriation (Enteignung), tantôt sur celle des charges spéciales (Aufopferung). Chacune de ces deux théories constitue un titre de compétence judiciaire.

I. — L'INDEMNISATION POUR EXPROPRIATION (ENTEIGNUNG).

Lorsque l'obligation de dédommagement repose sur l'idée d'expropriation, la compétence des tribunaux ordinaires résulte du texte même de l'article 14 de la Loi fondamentale qui garantit la propriété *lato sensu* et prescrit l'indemnisation de toute expropriation (Enteignung).

Celui-ci dispose : « 1. La propriété et le droit d'héritage sont

de risque est déplacé pour expliquer le fondement d'une telle responsabilité, car le risque suppose une incertitude sur la réalisation éventuelle du préjudice, et l'on ne peut plus parler de risque lorsque cette survenance est certaine et à plus forte raison immédiate. Or il arrive que certains actes de l'autorité publique ou de ceux qui gèrent les services publics, ne créent pas simplement un risque, mais produisent tout de suite et par eux-mêmes le dommage. C'est le cas par exemple d'une loi qui interdit une certaine activité professionnelle, d'ailleurs non nocive, pour des raisons diverses d'intérêt économique général; on ne peut dire alors que cette loi a créé un risque, elle a créé par elle-même le préjudice. » Mais la distinction qui est ainsi remarquablement présentée n'est pas utilisée dans la suite de l'ouvrage du professeur WALINE. Quant au *Traité* de DUEZ et DEBEYRE, 1952, pp. 431 et suiv et à celui de A. de LAUBADÈRE, 2^e éd., p. 470 et suiv., ils expliquent toutes les hypothèses de réparation sans faute par la théorie de la responsabilité pour risque et dénie ainsi toute utilité à notre distinction. Ces hésitations ne se rencontrent jamais chez les juristes allemands; en effet, faute de théorie du risque, le droit allemand ne possède que deux théories bien distinctes, celle de la responsabilité, se rattachant à l'idée de faute et tendant à la réparation des dommages accidentels, et celle du dédommagement, étrangère à toute idée de faute et tendant à la réparation des dommages voulus.

garantis. Leur contenu et leurs limites sont déterminés par la loi. — 2. La propriété oblige. Son exercice doit servir concurremment le bien commun. — 3. L'expropriation n'est autorisée que pour le bien de la collectivité. Elle ne peut être prononcée que par une loi ou sur la base d'une loi qui prévoit la nature et le montant de l'indemnité. L'indemnité doit être déterminée en appréciant équitablement les intérêts de la collectivité et ceux des intéressés. En cas de litige relatif au montant de l'indemnité, les recours sont portés devant les tribunaux ordinaires. »

Ce texte ne représente pas une innovation de la Loi fondamentale. La Constitution de Weimar contenait, en effet, une disposition semblable (72) et bien des lois des anciens Etats membres de l'Empire allemand datant du XIX^e siècle prévoyaient déjà l'indemnisation des expropriés et la compétence des tribunaux ordinaires en cas de contestation (73). Ainsi l'article 14 de la Loi fondamentale n'est que le dernier d'une longue suite de textes analogues. Ce qui est récent, c'est seulement l'interprétation extensive de ces textes par la jurisprudence allemande.

En droit français, la compétence judiciaire est également ancienne. Elle remonte à une loi de 1810 pour les litiges relatifs aux indemnités d'expropriation et à une loi de 1877 pour les litiges relatifs aux indemnités de réquisition. Mais la jurisprudence civile n'a jamais donné à ces textes une interprétation aussi extensive qu'en Allemagne malgré la formule très générale de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée et des libertés individuelles.

II. — L'INDEMNISATION POUR CHARGE SPÉCIALE (AUFOPFERUNG).

Lorsque l'obligation de dédommagement repose sur l'idée de charge spéciale (Aufopferung) (74), les tribunaux civils invoquent souvent un vieux texte prussien de 1794, *L'introduction au droit*

(72) Article 153 de la Constitution de Weimar (FORSTHOFF, *Gesetzensammlung A/1a*) : « 1° La propriété est garantie par la Constitution. Son contenu et ses limites sont déterminés par la loi. 2° Son expropriation ne peut avoir lieu que pour le bien de la collectivité et sur la base d'une loi. Elle s'effectue contre le paiement d'une indemnité appropriée, lorsqu'une loi d'Empire n'en a pas décidé autrement. En cas de litige relatif au montant de l'indemnité, les recours sont portés devant les tribunaux ordinaires, lorsqu'une loi d'Empire n'en décide pas autrement. Les provinces, les communes et les groupements d'intérêt général ne peuvent être expropriés par l'Empire sans indemnité. »

(73) Ainsi la loi prussienne sur l'expropriation de la propriété foncière du 11 juin 1874, § 30.

(74) Ou : besondere Aufopferung (littéralement : sacrifice particulier).

public général de la Prusse (75) dont les §§ 74 et 75 énoncent les principes suivants : « 74. Les divers droits et intérêts des membres de l'Etat doivent céder le pas aux droits et devoirs visant à promouvoir le bien commun s'ils entrent en opposition. — 75. Par contre, l'Etat est tenu de dédommager celui qui a été contraint de sacrifier ses droits et intérêts particuliers au bien de la communauté. »

Mais ce texte qui ne prévoit d'ailleurs pas explicitement la compétence des tribunaux ordinaires n'est pas le véritable fondement de cette théorie du dédommagement pour charge spéciale (*Aufopferung*). En effet, ce texte n'est applicable que dans les anciens territoires prussiens et sa portée a été considérablement diminuée en Prusse même par l'ordre du cabinet de 1831 (76). A la vérité, le droit au dédommagement pour charge spéciale (*Aufopferung*) et la compétence des tribunaux ordinaires en cas de litige sont fondés sur la coutume, ou si l'on préfère, sur un principe général du droit dégagé par la jurisprudence (77).

Faut-il en déduire que les demandes de dédommagement pour charge spéciale (*Aufopferung*) sont de simples litiges civils par tradition, comme ceux que nous avons étudiés au début de ce chapitre ?

Les tribunaux ordinaires sont, à vrai dire, muets sur ce point, car la plupart du temps, ils se reconnaissent compétents de façon purement implicite (78). En revanche, tous les tribunaux administratifs y voient des litiges civils par tradition. Certains en déduisent leur propre compétence en se fondant sur l'abrogation implicite de la jurisprudence judiciaire par les lois nouvelles sur les tribunaux administratifs (79). La plupart en déduisent leur incompétence en se référant explicitement à la jurisprudence judiciaire (80) ; cependant, s'il s'agit d'une nouvelle application du principe coutumier de l'indemnisation pour charge spéciale, ils estiment qu'il ne peut pas y avoir litige civil par tradition et ils se déclarent compétents pour

(75) En allemand : *Einleitung zum Preussischen Allgemeinen Landrecht* (Einl. A L R.).

(76) Certains auteurs bavarois ont même douté de l'applicabilité de cette théorie en droit bavarois (cf. MANG, *Verwaltungsrecht in Bayern*, II, 1952, p. 69 ; Voir Bayer. O L G. in D V Bl. 1955, 322). D'autre part, l'ordre du cabinet prussien de 1831 a exclu le jeu du § 75 du texte de 1794 lorsque le préjudice causé résulte d'une loi, d'un jugement ou de la guerre.

(77) B G H Z. 6, 270 ; N J W. 1952, 972.

(78) Ainsi les décisions de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) des 22 décembre 1952 et 19 février 1953 : B G H. 22.12.1952 in N J W. 1953, 383 et Verw Rspr. 5, Nr 67. — B G H. 19.2.1953 in B G H Z. 9, 83 ; N J W 1953, 857 ; M D R. 1953, 609 ; J Z. 1953, 459 et DöV. 1953, 437

(79) O V G. Lüneburg in DöV. 1957, 671.

(80) V G H. Stuttgart 20.5.1950 in DöV. 1951, 197 ; J Z. 1951, 86 et Verw Rspr. 3, 459.

en connaître : ainsi en a jugé le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) à propos d'une demande en dédommagement qui concernait une réquisition effectuée par les autorités alliées d'occupation (81).

Quant à la doctrine, elle est également très divisée sur le fondement de la compétence judiciaire. Certains auteurs la qualifient de compétence judiciaire par détermination de la loi et y voient une exception expresse au principe de la compétence des tribunaux civils en matière civile (82). Cette conception nous semble fausse, car aucun texte ne précise la compétence juridictionnelle. D'autres, plus nuancés, y voient un titre de compétence par détermination de la coutume, mais ne se réfèrent pas à la théorie des litiges civils par tradition qu'ils condamnent (83). D'autres invoquent purement et simplement la théorie des litiges civils par tradition (84); certains en déduisent même l'absence du fondement satisfaisant de la compétence judiciaire en la matière (85). Cette dernière opinion présente le désavantage de réduire la compétence judiciaire à une simple survivance historique.

Aussi la meilleure explication de la compétence judiciaire nous semble fournie par les juristes qui, outre la tradition, invoquent l'étroite parenté entre le contentieux du dédommagement pour charge spéciale (Aufopferung) et les autres contentieux de l'indemnisation de droit public (86). De fait, tant que les articles 14 et 34 de la Loi fondamentale demeureront tels qu'ils sont, il sera déraisonnable de transférer aux tribunaux administratifs les demandes en dédommagement pour charge spéciale (Aufopferung), même après que la jurisprudence des litiges civils par tradition aura été abrogée expressément par le législateur.

En droit français, les demandes en indemnisation qui se fondent sur l'idée voisine d'égalité devant les charges publiques sont attribuées aux tribunaux administratifs par application des principes généraux de répartition des compétences. Aucune comparaison avec le droit allemand n'est donc possible.

(81) B. Verw G. 20.6.1956 in B Verw G E. 4,6 ; D V Bl. 1957 27 ; N J W. 1957,234 (note DANCKELMANN; article SCHACK, p. 682); B B. 1956.1169 (note EHLERS). Sur ce point, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) elle-même avait admis la compétence administrative dès le 22 décembre 1953 : B G H Z. 12,52 ; B G H. L M., art. 14 G G. Nr 17 ; N J W. 1954,554.

(82) VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., p. 42.

(83) HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. II, p. 592.

(84) BENDER, *Verwaltungsrecht* I, 2^e éd., p. 179.

(85) LERCHE, *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, 1953, p. 87 (à vrai dire, cet auteur explique ici la compétence judiciaire par la théorie des litiges civils par analogie).

(86) WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., p. 270.

§ 2. — L'étendue du contentieux judiciaire du dédommagement de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung)

En droit français, le contentieux du dédommagement de droit public est partagé entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs; les premiers indemnisent ceux qui ont été l'objet d'une expropriation ou d'une réquisition, d'une emprise ou d'une voie de fait; les seconds indemnisent — rarement il est vrai — ceux qui invoquent simplement un dommage spécial et anormal imposé par une loi ou une décision administrative légale.

En droit allemand, au contraire, le contentieux du dédommagement de droit public appartient tout entier aux tribunaux judiciaires. De ce fait, l'étendue de la compétence de ces tribunaux dépend uniquement des règles de fond relatives au dédommagement de droit public : en particulier, elle dépend de l'importance des cas d'indemnisation.

Le droit public du dédommagement, c'est-à-dire les règles relatives à l'obligation de l'Etat d'indemniser en dehors de toute idée de faute, est de développement récent. C'est seulement après 1919 que le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) s'engagea dans cette direction. Pour fonder l'obligation de dédommagement, le haut tribunal utilisa deux séries de textes. D'une part, il appliqua de façon extensive les textes sur les indemnités pour expropriation, en assimilant à l'expropriation au sens classique du mot toute atteinte légale à la propriété. D'autre part, il invoqua la vieille loi prussienne de 1794 pour dédommager les victimes de mesures administratives illégales (mais non fautives) portant atteinte à la propriété privée.

Depuis 1945, le mouvement d'extension s'est encore poursuivi : chacune des deux théories a été appliquée à de nouvelles hypothèses.

I. — LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'EXPROPRIATION (ENTEIGNUNG).

Avant 1945, cette théorie était applicable à toutes les atteintes légales portées à la propriété privée : à cet effet, elles étaient considérées comme de véritables expropriations (Enteignungen).

Depuis 1945, cette théorie a été étendue à toutes les atteintes illégales portées à la propriété privée, qu'elles présentent ou non un caractère fautif : dans ce but, elles sont appelées quasi-expropriations (enteignungsgleiche Eingriffe). Notons que certaines de ces quasi-expropriations, celles qui s'analysent en des atteintes illégales mais

non fautives, ouvraient déjà droit à dédommagement avant 1945, mais sur la base de la théorie des charges spéciales (*Aufopferung*).

Ainsi l'étendue du contentieux judiciaire de l'indemnisation pour expropriation dépend-elle des deux notions d'expropriation et de quasi-expropriation.

*A. — La notion d'expropriation
au sens de l'article 14 de la Loi fondamentale.*

C'est à l'ancien Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) que revient le mérite d'avoir construit une notion plus compréhensive de la propriété et de l'expropriation. En effet, lorsque l'article 153 de la Constitution de Weimar fut rédigé, le mot « expropriation » ne désignait que le transfert forcé de la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique, tout comme en France. Pour étendre le champ d'application de cet article 153, le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*), dut démolir progressivement cette notion classique. Dans un premier temps, il assimila à la propriété garantie par la Constitution tout droit patrimonial privé, et dans un second temps, il admit qu'une atteinte grave à ce droit, même sans transfert, pouvait être considérée comme une expropriation. La Cour fédérale a repris et précisé cette jurisprudence (87).

Pour comparer le contentieux de l'indemnisation correspondant à une telle notion avec les solutions du droit français, il est nécessaire d'envisager successivement les expropriations qui résultent d'un transfert forcé de droits patrimoniaux et celles qui résultent de l'extinction autoritaire de ces droits (88).

(87) Citons un passage de la décision de la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*) Grand sénat pour les affaires civiles (*Grosser Zivilsenat*), du 10 juin 1952 (voir les références à la note 90, p. 124) : « En ce qui concerne l'article 153 de la Constitution de Weimar, le Tribunal d'Empire était parti de la conception suivante de l'expropriation : l'expropriation est le transfert d'un droit de propriété immobilière qui est effectué par un acte d'administration autorisé par la loi au profit d'une entreprise qui est favorisée pour des motifs de droit public. — Et il était parvenu à la conception suivante (*RGZ*. 105,251 ; 116,268 ; 150,9 ; *StGH. in RGZ*. 124, Anh. 19) : l'expropriation est un acte d'administration exigé par l'intérêt général et autorisé par la loi, qui porte atteinte aux droits patrimoniaux de certains individus ou de certains groupes, soit en les leur soustrayant soit en les limitant et qui, atteignant les personnes de façon inégale, leur impose une charge spéciale. » Sur cette évolution, voir également *FORSTOFF*, I, 6^e éd., pp. 277 à 280.

(88) L'origine de notre distinction se trouve dans *FORSTHOFF*, I, 6^e éd., p. 284, qui oppose l'expropriation, mode d'acquisition de biens, et l'expropriation déclenchant l'application de l'article 14 de la Loi fondamentale.

a) *Les expropriations par transfert de droits.*

Selon la jurisprudence allemande, tous les transferts forcés de droits patrimoniaux constituent des expropriations pour lesquelles les demandes en dédommagement doivent être portées devant les tribunaux civils. Ces transferts forcés peuvent concerner des droits mobiliers ou immobiliers (89), des droits privés ou publics (90). Ils peuvent porter sur l'ensemble d'un droit patrimonial (par exemple, sur la propriété d'un meuble ou d'un immeuble, sur une créance) ou sur un démembrement de ce droit (par exemple, transfert de l'usage d'un immeuble, constitution d'une servitude de passage) (91). Comme l'article 14 de la Loi fondamentale, applicable à ces divers modes de cession forcée, est un texte constitutionnel, le législateur lui-même ne peut déroger ni à la règle de la compétence judiciaire ni même à celle de l'indemnisation.

En droit français, l'indemnisation de toutes les expropriations par transfert appartient également aux tribunaux civils. Mais cette règle ne repose que sur des lois, celles relatives à l'expropriation et

(89) Décisions du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) étendant la théorie de l'expropriation aux créances : RGZ. 109.320 ; 111.224 et 111.320 (citées par FORSTHOFF, 6^e éd., p. 278).

(90) Citons WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., p. 272 : « La question de savoir si et dans quelle mesure les droits publics subjectifs bénéficient de la protection de l'article 14 n'est pas encore bien éclaircie. Tandis que le Grand Sénat de la Cour fédérale (Grosser Zivilsenat, Bundesgerichtshof) répond par l'affirmative sans restriction, le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht) n'admet l'application de l'article 14 que lorsque le droit public subjectif procure à son titulaire une situation juridique analogue à celle d'un propriétaire. Ainsi, la concession de pharmacie (autorisation de l'administration d'exploiter une pharmacie) représente un droit de propriété au sens de l'article 14, mais non pas « les droits à l'assistance de l'Etat que la loi accorde aux citoyens. » En réalité, ce qui importe, c'est qu'il s'agisse d'un droit public subjectif *stricto sensu*, présentant le caractère d'un droit acquis ou concédé... » La principale décision de la Cour fédérale en cette matière est celle, déjà citée, des 9 et 10 juin 1952 in BGHZ. 6, 270 ; BGH. LM. 14 GG. Nr 7 ; MD R. 1952.622 ; Verw Rspr. 5,100 ; NJW. 1952.972 (notes HAMMANN 1176 et PACENDARM 1193) ; DöV 9153, 97 et 136 (articles STÖDTER) ; JZ. 1952.627 (note FORSTHOFF). Comme le Tribunal constitutionnel fédéral a modifié sa jurisprudence, seule la décision récente du 21 juillet 1955 mérite d'être citée : BVerfGE., 4,219 ; NJW 1955,1268. Le professeur FORSTHOFF, soutient la même théorie que le Tribunal constitutionnel fédéral (*Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 284 et 285).

(91) Un exemple de transfert forcé de l'usage d'un immeuble nous est donné par l'espèce jugée par le Tribunal administratif supérieur de Hambourg (qui avait à se prononcer sur un recours en annulation, non pas en indemnisation) le 17 novembre 1949 : la ville avait réquisitionné un champ de ruines pour y installer un parc à automobiles pendant trois ans (Hamb. OVG. in Verw Rspr., 2,228). Un exemple de constitution forcée de servitude foncière nous est fourni par l'espèce sur laquelle la Cour fédérale a dû émettre un avis le 6 octobre 1952 : les Postes fédérales avaient imposé à un propriétaire une servitude de passage pour leurs canalisations (BGHZ. 9,390).

aux réquisitions; elle n'est garantie par aucun texte constitutionnel. En conséquence, une loi nouvelle pourrait très bien attribuer à des tribunaux administratifs les litiges soulevés par l'indemnisation (c'est ainsi que la loi sur les nationalisations écarta la compétence judiciaire), et elle pourrait même prévoir que certains transferts de biens seront réalisés sans indemnisation. Ces réserves faites, les solutions allemandes et françaises sont les mêmes.

b) *Les expropriations par extinction de droits.*

La jurisprudence judiciaire ne s'est pas contentée d'assimiler tout droit patrimonial au droit de propriété garanti par l'article 14 de la Loi fondamentale (ou 153 de la Constitution de Weimar), elle a encore rangé parmi les « expropriations » les cas où la législation ou l'administration supprime purement et simplement le droit patrimonial d'un individu, sans le transférer à l'administration ou à un tiers.

L'extinction de ce droit peut être totale : il en est ainsi lorsque le droit à user d'un brevet est éteint par décision de la puissance publique, lorsque la concession d'une pharmacie est retirée à son titulaire, lorsque les bovins atteints de la fièvre aphteuse sont abattus sur ordre de l'administration (92).

Mais les tribunaux civils allemands admettent aussi que l'extinction partielle d'un droit patrimonial, c'est-à-dire d'un attribut essentiel de ce droit, constitue parfois une « expropriation ». Il en est ainsi, par exemple, lorsque le classement d'un immeuble parmi les monuments historiques enlève toute possibilité d'exploiter rentablement celui-ci, lorsque l'interdiction de bâtir frappant un terrain lui retire la plus grande partie de sa valeur (93). Ces extinctions partielles de droits sont de simples limitations apportées volontairement à un droit patrimonial, le plus souvent d'ailleurs à un droit de propriété foncière.

Mais toutes les limitations de droits ne méritent évidemment pas que l'on exige du législateur qu'il les autorise et prévoie leur

(92) Le premier exemple est emprunté à HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., II, pp. 23 et 128; le second à une décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) parue dans DöV, 1955,562 et le troisième à une décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) du 21 avril 1955 parue dans BGHZ. 17,137; NJW. 1955,990 et DVB1. 1955,467.

(93) Le premier exemple est emprunté au célèbre jugement de principe, rendu par l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) le 11 mars 1927 et publié in RGZ. 116,271 (reproduit dans RGZ. Auswahl, V. Staatsrecht, p. 93). Le second exemple est emprunté à deux décisions, l'une du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) : RGZ. 128,18; l'autre de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) du 26 novembre 1954 : BGHZ. 15,268; NJW. 1955,179; MDR. 1955,88.

indemnisation (94). Cette considération de bon sens s'impose d'autant plus que les Constitutions de Weimar et de Bonn disposent toutes deux : « La propriété oblige; son usage doit servir le bien commun. » Aussi les tribunaux allemands n'accordent-ils le bénéfice de l'article 14 qu'aux limitations particulièrement graves de droits. De plus, ils invoquent l'idée d'égalité devant les charges publiques (95) dont découlerait l'obligation pour l'Etat d'indemniser l'exproprié, pour retenir seulement les limitations de droits qui affectent de façon toute particulière certains individus (96).

C'est ainsi que les réquisitions de logement effectuées moyennant paiement d'un loyer même modeste, le classement des terres parmi les zones de reboisement ou de protection de la nature ne sont pas rangées parmi les expropriations ouvrant droit à indemnisation, en raison du caractère limité du préjudice subi (97). D'autre part, toutes les mesures générales d'interdiction d'exporter tel produit, et celles de taxation des prix ne sont pas considérées comme des expropriations donnant droit à indemnité, en raison du caractère général de ces dispositions (98).

Cette théorie de l'expropriation par extinction du droit n'a pas de correspondant en droit français, ni sur le plan théorique, ni même sur celui des solutions pratiques. En effet, de telles atteintes à la propriété ne sont pas, en principe, indemnisées par les tribunaux français, et le problème de la compétence juridictionnelle ne se pose

(94) Noter que les lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale sont constitutionnelles même si elles ne prévoient pas expressément l'indemnisation des expropriés; en effet, la Constitution de Weimar ne posait pas cette condition.

(95) L'article 3 de la Loi fondamentale dispose : « Tous les citoyens sont égaux devant la loi. »

(96) La décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) des 9 et 10 juin 1952 (références à la note 90, p. 124) caractérise l'expropriation au sens de l'article 14 de la façon suivante : « Il n'y a pas expropriation lorsqu'une disposition générale, valable pour tous, détermine le contenu et les limites du droit de propriété sans porter atteinte à l'essence de ce droit. Mais il y a expropriation lorsque l'Etat porte légalement atteinte à la propriété, que ce soit en la retirant ou en la limitant et que cette mesure atteigne de façon inégale les individus ou les groupes les uns par rapport aux autres et leur impose ainsi, en vue du bien commun, une charge qui n'est pas exigible des autres. »

(97) Le premier exemple est emprunté à la célèbre décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) rendue les 9 et 10 juin 1952 (références à la note 90, page 124); le second l'est aux décisions du Tribunal administratif (Oberverwaltungsgericht) de Münster (M D R. 1954, 763) et du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) B Verw G. 21.6.1956 in B Verw G E. 3, 335) statuant sur des recours en annulation.

(98) Le premier exemple est emprunté à une décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) rendue le 26 mars 1953 (B G H. L M. 14 G G. Nr 11); le second l'est à une décision de la Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof) de Wurtemberg-Bade (D V Bl. 1952, 112).

donc pas. Cependant dans certaines hypothèses, le Conseil d'Etat admet le droit à indemnité ; nous pensons aux quelques arrêts par lesquels il a indemnisé la victime d'un préjudice spécial et anormal causé par une loi interdisant la fabrication d'un produit pour des motifs strictement économiques (99). Nous pensons également aux quelques arrêts par lesquels il a indemnisé la victime d'une mesure administrative légale en se fondant sur l'idée d'égalité devant les charges publiques et plus particulièrement au cas où un patron s'est vu privé du droit de licencier les ouvriers en excédent (100). Nous pensons enfin aux arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat accorde aux riverains du domaine public une indemnité pour troubles de voisinage (101). La compétence juridictionnelle qui tend ainsi à se manifester est donc administrative, et non pas judiciaire comme en droit allemand.

*B. — La notion de quasi-expropriation
entraînant l'application de l'article 14
(enteignungsgleicher Eingriff).*

Autant la notion élargie d'expropriation est une création de l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht), autant la notion de quasi-expropriation (enteignungsgleicher Eingriff) est une invention

(99) C.E. 14 janvier 1938, La Fleurette, S. 1938.3.25 (note P.L.) ; D. 1938.3.41 (note ROLLAND). — C.E. 21 janvier 1944, Caucheteux, S. 1945.3.13 (note A.B.).

(100) C.E. 28 octobre 1949, Société des ateliers du Cap Janet, 1952, Rec. p. 450 ; J.C.P. 1950.II, p. 5861 (conclusions DELVOLVÉ).

(101) La plupart des juristes français voient une application de la théorie de la responsabilité pour risque dans cette hypothèse dite des « dommages permanents dus aux travaux publics ». Dans *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd., pp. 338 à 341, le professeur CHAPUS démontre avec pertinence que le problème de l'indemnisation n'est nullement un problème de réparation d'un dommage dû à un accident ou à une faute, mais seulement un problème de compensation d'une charge imposée licitement aux voisins. Il ajoute ensuite quelques remarques particulièrement intéressantes pour la compréhension du droit allemand : « La distinction des cas où une indemnité est allouée en exécution d'une obligation de réparation et de ceux où une indemnité est allouée en compensation d'une perte ou d'un sacrifice ne pourra paraître subtile que parce qu'elle est inhabituelle, en ce sens du moins qu'elle n'est pas expressément faite, car il est certain que chacun éprouve le sentiment très net de sa réalité. Pour se convaincre — ou achever de se convaincre, de cette réalité — il n'est que de rapprocher l'hypothèse qui nous occupe d'autres cas où une indemnité est allouée sans qu'on ait jamais prétendu y voir des cas de responsabilité, ou si l'on veut d'obligation de réparation. Lorsque l'administration réalise une expropriation pour cause d'utilité publique, procède régulièrement à une réquisition, use de son droit de modifier les conditions d'exécution d'un contrat la liant avec un particulier, la situation est exactement comparable à celle qui est réalisée dans l'hypothèse de troubles de voisinage : là comme ici, un sacrifice est imposé à une ou plusieurs personnes en toute connaissance de cause et de façon régulière et licite. »

de l'actuelle Cour fédérale (Bundesgerichtshof). Ce concept de quasi-expropriation fut tout d'abord imaginé en vue d'appliquer l'article 14 de la Loi fondamentale aux atteintes irrégulières et non fautives portées à la propriété par la puissance publique; mais, il fut ensuite étendu aux cas où l'atteinte portée à la propriété est à la fois irrégulière et fautive. Nous envisagerons successivement ces deux hypothèses qui posent des problèmes bien distincts.

a) *Les quasi-expropriations non fautives.*

Certes, l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) admettait que les atteintes simplement irrégulières portées au patrimoine d'un individu devaient être indemnisées par l'administration et que les tribunaux ordinaires étaient compétents pour en connaître. Mais, il fondait cette règle de compétence non pas sur l'article 153 de la Constitution de Weimar (expropriation), mais sur le § 75 de la loi prussienne de 1794 qui pose le principe de l'indemnisation de toutes les charges particulières (Aufopferung) imposées aux citoyens par l'Etat (102).

Ce fondement juridique était d'ailleurs assez fragile, car les juristes allemands avaient toujours interprété le § 75 en le combinant avec le § 74 et ils estimaient donc que l'obligation d'indemniser n'était prévue que pour les charges imposées par « les droits et devoirs » de l'Etat, c'est-à-dire pour les charges imposées par l'Etat conformément au droit. Quant à la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître de ces litiges, elle résultait simplement de la coutume comme nous l'avons vu précédemment.

La Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a modifié le fondement juridique de cette jurisprudence dans une importante décision rendue les 9 et 10 juin 1952 (103). Elle a qualifié les atteintes irrégulières portées au patrimoine d'un individu de quasi-expropriations (enteignungsgleiche Eingriffe) et elle leur a appliqué par analogie l'article 14 de la Loi fondamentale.

L'argumentation développée par la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) est la suivante : le principe de l'indemnisation des expropriations repose sur l'idée d'égalité devant les charges publiques; or, l'égalité exige que tous ceux auxquels est imposée une charge particulière soient indemnisés, que cette charge ait été imposée par une mesure juridiquement régulière ou par une mesure irrégulière. Autrement dit, l'article 14 de la Loi fondamentale doit être appliqué

(102) Jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) rendu le 11 avril 1933 in R G Z. 140,276 (R G Z. Auswahl, V. Staatsrecht, p. 179) et J W. 1933,2001.

(103) Les références ont été données à la note 90, p. 124 *in fine*.

aux expropriations irrégulières, parce qu'il n'est au fond que l'expression d'un principe général, celui de l'égalité devant les charges publiques.

Cette jurisprudence présente le grand avantage d'atténuer les difficultés soulevées par l'application de la clause dite de simultanéité inscrite à l'article 14 de la Loi fondamentale (104). D'après celle-ci, les lois qui prescrivent des expropriations sans prévoir leur indemnisation sont inconstitutionnelles et peuvent être annulées par les juridictions constitutionnelles. Mais l'annulation de la loi inconstitutionnelle peut survenir à une époque où de nombreux particuliers ont déjà subi un préjudice. Les tribunaux civils pourront indemniser ceux-ci en se fondant sur l'application par analogie de l'article 14 de la Loi fondamentale (105).

Cette jurisprudence s'applique également aux mesures administratives illégales ayant des effets expropriateurs au sens dégagé précédemment : transfert total ou partiel, extinction totale ou partielle d'un droit patrimonial.

En droit positif français, il ne peut être question d'expropriations législatives inconstitutionnelles, car il n'existe pas de véritable contrôle de la constitutionnalité des lois.

Le problème de l'indemnisation ne peut donc se poser que pour les mesures administratives illégales portant atteinte aux patrimoines des individus. Chose curieuse, la jurisprudence française semble ne s'y être jamais heurtée. Seuls les cas d'expropriation indirecte correspondent à la notion allemande de « quasi-expropriation » non fautive. Dans les cas d'emprise et de voie de fait, les tribunaux civils français condamnent toujours l'administration pour faute conformément au droit commun de la responsabilité. L'explication réside peut-être dans le caractère très extensif que présente la notion française de faute.

b) *Les quasi-expropriations fautives.*

L'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) s'était abstenu d'étendre la théorie du dédommagement de droit public aux cas d'atteintes fautives portées à la propriété par l'administration. Les règles relatives à la responsabilité de l'Etat du fait de ses fonctionnaires ne devaient pas, en effet, pouvoir être tournées par l'application des règles relatives au dédommagement de droit public.

La Cour fédérale (Bundesgerichtshof) ne s'est pas arrêtée à cette

(104) Clause appelée en allemand : Junktimklausel.

(105) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 295.

objection. Une décision du 16 novembre 1952, confirmée le 12 avril 1954 par le Grand Sénat pour les affaires civiles (Grosser Zivilsenat), a étendu la notion de quasi-expropriation aux atteintes illégales et fautives portées à la propriété, et admis ainsi l'application concurrente du droit de la responsabilité publique et de celui de l'expropriation (106).

Comme dans sa décision des 9 et 10 juin 1952 relative aux quasi-expropriations simplement irrégulières, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) invoque l'argument suivant : l'indemnisation pour expropriation (Enteignung) repose sur l'égalité des citoyens devant les charges publiques; elle ne saurait donc être limitée aux expropriations non fautives.

Cette jurisprudence de la quasi-expropriation résultant d'une mesure administrative à la fois illégale et fautive ne modifie en rien l'étendue de la compétence des tribunaux ordinaires puisque ceux-ci sont également compétents en matière de responsabilité. Elle illustre seulement l'unité profonde du contentieux judiciaire de l'indemnisation de droit public.

En revanche, en droit français, les théories de l'emprise et de la voie de fait ont pour effet de soustraire à la juridiction administrative la connaissance de certaines actions en responsabilité. Cet aspect purement procédural et négatif de ces théories explique probablement qu'elles aient toujours été limitées aux cas d'exécution matérielle et en ce qui concerne la propriété mobilière, aux cas d'illégalité manifeste.

II. — LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA THÉORIE DES CHARGES SPÉCIALES (AUFOPFERUNG).

Avant 1945, le terrain de prédilection de cette théorie était l'indemnisation des atteintes simplement irrégulières portées à la propriété (107). Mais depuis que la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a construit la notion de quasi-expropriation, leur indemnisation repose sur l'article 14 de la Loi fondamentale.

Aussi, la théorie des charges spéciales (Aufopferung) ne jouerait plus aucun rôle, si la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) n'avait pas étendu celle-ci à de nouvelles hypothèses, à savoir aux dommages

(106) B G H. 16.11.1952 in B G H Z. 7,296 ; B G H. L M. Art. 14 G G. Nr 8 ; N J W. 1953,101 ; J Z. 1953,51 ; M D R. 1953 97. — B G H. 12.4.1954 in B G H Z. 11,248 ; N J W. 1954,993 ; M D R. 1954,472 ; D V B l. 1954,461. — B G H. 6.10.1956 in D ö V. 1956,156.

(107) Voir la décision citée à la note 102, p. 128.

non matériels, c'est-à-dire aux dommages corporels et aux atteintes à la liberté. Mais la jurisprudence est encore très pauvre en la matière, et nous n'avons relevé qu'une seule décision d'ailleurs fort célèbre : dans celle-ci la Cour fédérale a indemnisé un enfant qui avait subi un préjudice grave dans sa santé à la suite d'une vaccination obligatoire (108).

Quoi qu'il en soit, les développements précédents suffisent à établir l'accroissement constant du contentieux du dédommagement de droit public et, par là même, de la compétence des tribunaux ordinaires en matière de droit public. C'est, selon nous, la meilleure preuve que l'attribution aux tribunaux civils du contentieux du dédommagement de droit public n'a, en Allemagne, rien d'artificiel. De plus, l'étude du droit allemand nous suggère que la jurisprudence française de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée (et des libertés individuelles) n'est pas purement accidentelle.

§ 3. — Les conséquences du caractère judiciaire du contentieux du dédommagement de droit public.

Nous apprécierons tout d'abord les avantages et les inconvénients du système allemand, puis les diverses tentatives faites pour améliorer ce système.

I. — LES AVANTAGES ET LES INCONVÉNIENTS DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE.

L'attribution aux tribunaux ordinaires du contentieux de la responsabilité publique présentait l'immense avantage de ne pas faire dépendre la répartition des compétences juridictionnelles de la délicate distinction entre les cas de responsabilité publique et ceux de responsabilité privée.

L'attribution aux tribunaux ordinaires du contentieux du dédommagement public ne présente pas un avantage aussi décisif. Sans doute le contentieux du dédommagement est unifié, mais la distinction entre les cas de dédommagement privé et public ne soulève aucune difficulté en droit allemand. En effet, les dommages causés volontairement et sans faute dans l'exercice d'un droit privé sont principalement les troubles de voisinage causés par l'exercice légi-

(108) B G H. 19.2.1953 in B G H Z. 9,83; N J W. 1953,857; J Z. 1953,459; M D R. 1953, 609; D ö V. 1953,437.

time du droit de propriété par l'administration ; or, en droit allemand, il n'y a pas à distinguer entre la propriété privée et le domaine public de celle-ci, car cette distinction y est inconnue (109). Quant à la délimitation entre les troubles de voisinage et les dommages que l'administration impose aux citoyens dans l'exercice de ses pouvoirs de puissance publique, elle est très aisée à faire.

Aussi la règle de la compétence judiciaire en matière de dédommagement présente-t-elle surtout l'avantage de compléter celle de la compétence judiciaire en matière de responsabilité. De cette façon, les tribunaux ordinaires allemands détiennent l'ensemble du contentieux de l'indemnisation de droit public et sont ainsi seuls à résoudre le délicat problème de la délimitation des domaines respectifs de la responsabilité et du dédommagement ; ainsi ce conflit de lois ne se double pas d'un âpre conflit de compétences entre tribunaux rivaux.

En revanche, cette règle de compétence présente l'inconvénient de séparer les contentieux de l'annulation et de l'indemnisation. Sans doute cet inconvénient est-il moins grave qu'en matière de responsabilité, car bien souvent la constitutionnalité ou la légalité de l'expropriation n'est pas douteuse. Mais dans les cas où il y a doute, le plaideur devra tout d'abord s'adresser aux tribunaux administratifs afin qu'ils apprécient la légalité de la mesure individuelle d'expropriation (ou qu'ils déclenchent la procédure de contrôle de la constitutionnalité de la loi d'expropriation). C'est seulement après que leur jugement aura été rendu que l'intéressé saura s'il doit réclamer aux tribunaux ordinaires l'indemnisation du dommage déjà subi et du dommage à venir, ou s'il doit réclamer seulement l'indemnisation du dommage subi jusqu'au jour de l'annulation (110).

Cette complication est d'autant plus vivement ressentie que la justice allemande n'est guère plus rapide que la française. Nous invoquons ici le témoignage de M. Knoll qui fut président du V^e Sénat du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht). Celui-ci estimait en 1955, que le procès en annulation devant les tribunaux administratifs pouvait durer de trois de cinq ans, sans compter le temps de la procédure préalable devant l'administration elle-même, que le procès en indemnisation devant les tribunaux civils pouvait durer de deux à quatre ans et que l'administration devait généralement attendre sept ans pour connaître le prix de l'entreprise projetée (111).

(109) Voir le chapitre VII.

(110) Voir FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 293.

(111) KNOLL, *Gutachten zum 41. Juristentag*, I, p. 132.

En droit français, dans la mesure où la compétence demeure administrative, ces avantages et ces inconvénients n'existent pas. Dans la mesure où la compétence est également judiciaire, les avantages sont les mêmes, mais les inconvénients sont supprimés dans le cadre restreint, il est vrai, de la théorie de la voie de fait ; car les tribunaux civils peuvent alors constater eux-mêmes la grossière illégalité de la mesure constitutive de voie de fait et enjoindre à l'administration de renoncer à celle-ci.

C'est d'ailleurs dans ces deux directions que le droit allemand cherche à résoudre ses problèmes.

II. — TENTATIVES ET AMORCES DE RÉFORME.

Dans le sens de l'extension de la compétence administrative, notons la démarche faite, il y a quelques années, par la libre ville hanséatique de Hambourg auprès du Conseil de la Fédération (Bundesrat) ; elle a demandé que l'article 14 de la Loi fondamentale soit modifié et que le contentieux des expropriations soit tout entier confié aux tribunaux administratifs, y compris les litiges relatifs au montant de l'indemnité. Mais cette tentative a échoué en raison du caractère sacro-saint, selon l'expression du professeur Bodmer (112), de cette règle de compétence.

C'est donc dans l'extension de la compétence judiciaire que la jurisprudence et la législation ont cherché la solution.

C'est dans cette perspective, semble-t-il, que doit être comprise la décision rendue le 12 décembre 1953 par le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) (113). Celle-ci a pourtant surpris bien des juristes allemands en déclarant les tribunaux administratifs incompétents pour connaître des demandes en annulation dirigées contre une mesure administrative d'expropriation, lorsque la nullité est fondée sur l'insuffisance de l'indemnisation (par application de l'article 14, alinéa 3, de la Loi fondamentale). Le Tribunal administratif fédéral a estimé, en effet, que tous les litiges relatifs au montant de l'indemnité doivent appartenir aux tribunaux judiciaires, qu'ils soient des litiges en indemnisation ou en annulation. Cette jurisprudence est manifestement contraire à l'article 14 de la Loi fondamentale combiné aux clauses générales de compétence des tribunaux administratifs. Elle n'en a pas moins l'immense mérite d'atténuer considérablement les complications résultant du système allemand.

(112) BÖHMER, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1950, p. 283.

(113) B Verw G. 8.12.1953 in B Verw G E. 142 et D V Bl. 1954, 295.

C'est également dans le sens d'un élargissement de la compétence judiciaire que semble s'orienter la législation. Un exemple particulièrement intéressant est celui de la loi du 3 août 1953 tendant à autoriser certaines expropriations de terrains à bâtir (*Baulandbeschaffungsgesetz*) (114). Cette loi a confié l'ensemble du contentieux de la légalité et de l'indemnité à des tribunaux civils spéciaux, dont la particularité réside dans le recrutement. En effet, en première instance, les « chambres pour les affaires d'expropriation de terrains à bâtir » (*Kammern für Baulandbeschaffungssachen*) sont constituées auprès des tribunaux civils (*Landesgericht*) et sont composées de trois juges du tribunal civil et de deux juges du tribunal administratif. De même, les juridictions de révision, qui sont appelées « sénats pour les affaires d'expropriation de terrains à bâtir », sont installées auprès des tribunaux civils supérieurs (*Oberlandesgerichte*) et comprennent trois juges civils et deux juges administratifs. De nombreux juristes éminents ont mis en doute la constitutionnalité de cette loi, car les chambres et sénats pour les affaires d'expropriation de terrains à bâtir ne sont pas de véritables tribunaux ordinaires, comme l'exige pourtant l'article 14 de la Loi fondamentale (115). Le tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*) a cependant déclaré cette loi constitutionnelle, en raison des avantages pratiques incontestables qu'elle présente (116). Le professeur Huber préconise même que ce système de fusion des deux juridictions soit étendu à toutes les affaires d'expropriation (117). Nous aurons l'occasion de revenir sur cette loi qui semble préfigurer l'évolution future de l'organisation juridictionnelle allemande.

Cette évolution est à rapprocher de l'extension considérable qu'a prise la théorie de la voie de fait en droit français, c'est-à-dire d'une théorie qui confie aux tribunaux civils à la fois le contentieux de l'indemnisation et celui de l'appréciation de la légalité.

Les parentés des droits français et allemand éclatent ainsi nettement là même où l'opposition entre les deux droits semblait irréductible.

(114) *Baulandbeschaffungsgesetz* 3.8.1953. Référence officielle : B G Bl. I, p. 720. Références pratiques : FORSTHOFF, *Gesetzessammlung*, K/1 ; SARTORIUS, 20^e éd. 1956, 131. Voir le commentaire de ce texte dans HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. II, pp. 807 à 817.

(115) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* I, 6^e éd., p. 294, note 1 et MAUNZ (Th.), *Das Verhältnis der Baulandsentschädigung zum Grundgesetz*, 1955, p. 38.

(116) B Verf G. 23.2.1956 in B Verf G E. 4, 387 et B G Bl. I, p. 198.

(117) HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. II, p. 57.

CHAPITRE V

LES RESTRICTIONS AU PRINCIPE : L'ATTRIBUTION PARTIELLE DES CONTENTIEUX INCIDENTS AUX TRIBUNAUX JUGES DES CONTENTIEUX PRINCIPAUX

Le problème de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions (1) est rendu encore plus complexe par l'existence de nombreux litiges de nature juridique mixte, c'est-à-dire soulevant à la fois des questions de droit privé et des questions de droit public. Deux solutions sont alors possibles : ou bien le litige doit être scindé en deux par le mécanisme des sursis à statuer et tranché successivement par deux juges spécialisés, ou bien il doit être jugé en bloc par le juge saisi à titre principal. Ces deux solutions reposent sur les idées contradictoires de spécialisation et de plénitude de juridiction des juges et sont incompatibles entre elles.

Lorsque le principe de la plénitude de juridiction l'emporte, un juge civil peut trancher des questions de droit public et inversement un juge administratif peut trancher des questions de droit privé, pourvu que celles-ci se présentent incidemment dans un procès de

(1) C'est-à-dire les tribunaux civils (non répressifs) et les tribunaux administratifs.

leur compétence. Une limite est ainsi assignée à la spécialisation intégrale des deux ordres de juridiction, mais aucune dérogation véritable n'est apportée au principe de répartition des compétences tel que nous l'avons dégagé au chapitre III ; en effet, ce principe prend en considération la nature du droit applicable au litige (c'est-à-dire à la question principale), et non pas la nature du droit applicable à chacune des questions litigieuses qu'il pose. Dans ce cas, il n'y a donc pas dérogation au principe, mais simple limitation.

En droit allemand comme en droit français, le problème de la compétence juridictionnelle en matière de questions préalables (Vorfragen) est plus délicat à résoudre pour les tribunaux civils que pour les tribunaux administratifs : la nécessité de concilier le principe de la plénitude de juridiction et celui de la séparation des pouvoirs y conduit à des solutions particulièrement complexes.

SECTION PREMIÈRE

L'ATTRIBUTION AUX TRIBUNAUX CIVILS D'UNE PARTIE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF INCIDENT

BIBLIOGRAPHIE : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., 1956, pp. 90 à 92, 102 à 105 et 196 à 222. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, pp. 62 à 66 et 217 à 221. — HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., II, pp. 662 à 746. — KLEIN (Fr.), *Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich*, de la collection *Verwaltung und Wirtschaft* (cahier 11), 1954, pp. 1 à 35. — SIEBERT in SOERGEL, *Kommentar zum B G B.*, tome I, 1952, pp. 24 à 31. — On trouvera d'intéressantes indications dans : VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1956, pp. 43 à 46, 51, 52 et 122 à 126. — ROSENBERG, *Zivil-prozessrecht*, 6^e éd. 1954 pp. 46 à 48. — BÖHMER (G.), *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1950, I, pp. 254 à 256. — JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte*, Dissertation (thèse pour le doctorat) Erlangen, 1955, en entier. — Comme le droit a peu évolué en cette matière, les ouvrages antérieurs à 1945 sont encore utilisables : FLEINER, trad. EISENMANN : *Les principes généraux du droit*, 1933, pp. 18 à 21 et 129 à 131. — JELLINEK (Walter), 3^e éd. 1921, pp. 14 à 20, 53 à 55 et 268 à 279.

Nous nous heurtons à une première difficulté tenant au fait que le contentieux administratif n'a pas, par définition, le même contenu dans les deux droits. En droit français, le contentieux administratif comprend, en effet, aussi bien le contentieux des règlements administratifs que le contentieux soulevé par les autres activités de droit public de l'administration. En droit allemand, au contraire, le contentieux administratif ne comprend pas le contentieux de la légalité des règlements administratifs en raison de leur caractère maté-

riellement législatif (2) et en conséquence, il n'y a jamais de recours contre un règlement qui soit porté à titre principal devant un tribunal administratif (ou même constitutionnel) à l'exception des Länder de Brême et d'Allemagne du Sud (ancienne zone américaine). Ce contentieux est donc toujours incident et il peut être jugé aussi bien par les tribunaux civils que par les tribunaux administratifs (3). Ainsi donc, quoique ces solutions ne découlent pas d'une quelconque théorie des questions préalables, elles se rapprochent des solutions françaises qui font une place sensiblement plus large à la compétence judiciaire lorsque le contentieux administratif incident est celui de la légalité des règlements administratifs : le juge civil est en effet exceptionnellement compétent lorsque se pose la question de la validité d'un règlement ayant trait à la propriété privée ou à une liberté individuelle (4).

Les théories françaises et allemandes des questions préalables de droit public (*öffentlich-rechtliche Vorfragen*) ne peuvent donc être comparées qu'en ce qui concerne la légalité des actes d'administration et les autres questions de droit public, parmi lesquelles se trouvent celles de l'interprétation des règlements administratifs et des actes d'administration proprement dits.

§ 1. — Le principe de l'attribution aux tribunaux civils du contentieux administratif incident.

En droit français, l'interdiction faite au juge civil « de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient » (loi du 16 fructidor an III) a été interprétée de façon très extensive par la jurisprudence des conflits. Celle-ci considère que cete règle interdit au juge civil de connaître, même à titre incident, des actes d'administration. Bien plus, elle interprète de façon très large le mot « connaître » ; elle entend, en effet, par là non seulement, apprécier la légalité d'un acte d'administration, mais encore interpréter un acte d'administration. Enfin, elle estime que toute question de droit public

(2) Voir le chapitre III, section II.

(3) Voir WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, p. 99.

(4) T.C. 16.7.1923 Septfonds, S. 1923.3.49 (note HAURIU) et T.C. 30 octobre 1947, Barinstein, D. 1947.I.47 (note P.L.J.) ; J.C.P. 1947.II.3966 (note FRÉJAVILLE) ; R.D.P. 1948.86 (note WALINE). Voir VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein » J.C.P. 1948.I.682.

se ramène à l'interprétation d'un acte d'administration (5). Cependant elle n'est pas allée jusqu'à dénier aux tribunaux civils le droit d'interpréter les règlements administratifs, ce qui aurait été proprement absurde (6). Ainsi, c'est sur une interprétation extensive de l'interdiction de la loi du 16 fructidor an III, que repose en France l'impossibilité, pour un tribunal civil, de trancher à titre incident une question de droit public. Le principe français est donc celui de l'incompétence judiciaire et du sursis à statuer obligatoire.

Le droit allemand adopte la solution inverse : compétence judiciaire et sursis à statuer facultatif. Celle-ci est fondée sur le § 148 du code de procédure civile (Zivilprozessordnung) de 1877 : « Lorsque la décision du litige dépend en tout ou en partie de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de droit qui est l'objet d'un autre procès en cours ou qui doit être établi par une autorité administrative, le tribunal peut ordonner que les débats seront suspendus jusqu'à ce que l'autre procès soit terminé ou jusqu'à ce que l'autorité administrative ait décidé. »

C'est de ce texte que la jurisprudence judiciaire a tiré le principe allemand de l'attribution aux tribunaux civils du contentieux administratif incident (7).

D'ailleurs, le principe est toujours apparu aux juristes allemands comme imposé par la règle de la séparation des pouvoirs (O paradoxe !) (8). Ceux-ci raisonnent en effet de la façon suivante : le pouvoir judiciaire est un pouvoir indépendant du pouvoir administratif ; il doit donc pouvoir exercer sa fonction, qui est de juger, de façon parfaitement autonome ; par conséquent, si un organe judiciaire est saisi d'un litige de droit civil, il doit être compétent pour

(5) Dans son *Traité de droit administratif*, 7^e éd., p. 61, le professeur WALINE cite des exemples de questions préjudicielles de droit public qui ne concernent ni l'appréciation de la légalité d'un acte administratif ni l'interprétation d'un tel acte : « Elles peuvent aussi concerner la qualification juridique à donner à un acte administratif (Civ. 5 oct. 1954, admin. des domaines) et même l'existence d'une faute administrative (Amiens, 15 juillet 1936, Loobuyck, D.H. 1936.463). »

(6) T.C. 16.7.1923 Septfonds ; références à la note 4, p. 137.

(7) Voir la décision des Sénats civils réunis du Tribunal d'Empire du 27 avril 1898 in RGZ. 41,267.

(8) KLEIN, *Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich*, p. 6 : « Non seulement pour l'histoire du droit et le droit comparé, mais encore pour la théorie du droit, il est hautement significatif qu'en France d'une part, et en Allemagne ainsi qu'en Autriche d'autre part, on ait tiré, en notre matière, du même principe de la séparation des pouvoirs des conclusions opposées. En effet, ce principe justifie tout aussi bien la solution d'après laquelle toute question préalable ne peut être résolue que par l'autorité normalement compétente... (système français), que la solution inverse d'après laquelle la compétence à titre principal implique la compétence à résoudre de façon autonome les questions préjudicielles (système allemand et autrichien). »

trancher toutes les questions juridiques nécessaires à sa solution, même celles (de droit public) ressortissant aux autorités administratives afin de ne pas être contraint de recourir à leur collaboration dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle.

Ce raisonnement date d'une époque où les juridictions administratives ne s'étaient pas encore détachées de l'administration active. Dans un tel état du droit, il eut été effectivement contraire à l'idéal de la séparation des pouvoirs qu'une autorité administrative collaborât à l'exercice de la fonction judiciaire. Depuis que les tribunaux administratifs sont devenus de véritables tribunaux de droit commun, il n'est pas contraire, selon nous, à l'idéal de la séparation des pouvoirs, qu'une juridiction administrative collabore à la solution d'un litige porté devant les tribunaux civils.

Du reste, certains juristes allemands tiennent compte de cette transformation fondamentale de la juridiction administrative allemande qui s'est effectuée au cours des années 1946-1952. C'est ainsi que le professeur Forsthoff justifie le système allemand, non plus par l'idée de séparation des pouvoirs (au sens d'autonomie) mais par celle de plénitude de juridiction (9).

Quoi qu'il en soit, que la justification avancée soit l'une ou l'autre, tous les juristes allemands sont unanimes à assigner une limite à l'exercice de la compétence judiciaire relative aux questions préjudicielles de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision d'une autorité administrative rendue sur la même question.

§ 2. — L'impossibilité pour les tribunaux civils de contrôler la légalité des actes d'administration.

L'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) s'est efforcé de limiter les conséquences du principe de la compétence judiciaire relative aux questions préalables de droit public qu'il venait de poser. Admettre que toutes les questions de droit public pouvaient être résolues à titre incident par les tribunaux ordinaires, c'était admettre notamment que les actes d'administration pourraient être contrôlés par ceux-ci. Sans doute, la déclaration incidente de nullité d'un acte d'administration n'équivaut pas exactement à une annulation véritable (pas d'effet *erga omnes*, pas d'autorité de la chose jugée) ; mais bien souvent elle aurait satisfait un plaideur qui ne disposait à cette époque que d'une juridiction administrative médiocre. Un contentieux judiciaire incident des actes d'administration se serait donc

(9) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 104.

constitué. Il est probable que l'administration aurait vivement réagi à de telles prétentions. Aussi, très sagement, l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) ne voulut pas courir le risque de connaître le sort de nos anciens Parlements, et spontanément, sans référence à des textes précis, il posa le principe d'après lequel les juridictions civiles sont liées par les décisions administratives déjà survenues et sont tenues de les considérer comme valables (10).

Ce correctif apporté au principe de la compétence judiciaire en matière administrative incidente semble, du reste, être fondé également sur l'idée de séparation des pouvoirs. Le principe de la compétence judiciaire incidente a été établi en vue de conférer au pouvoir judiciaire une certaine autonomie. Il ne doit donc pas avoir pour conséquence de réduire à néant l'autonomie de l'autre pouvoir, le pouvoir administratif. Or, il en serait ainsi si les tribunaux judiciaires pouvaient résoudre eux-mêmes toutes les questions préalables de droit public, même celles qui auraient été déjà tranchées par les autorités administratives. En effet, juger à nouveau une question déjà tranchée par l'administration compétente, c'est contrôler l'activité administrative. Or si l'idée d'autonomie implique la faculté de trancher soi-même des questions préalables du domaine de l'autre ressort, elle implique également l'exclusion de tout contrôle d'un pouvoir sur l'autre. Les deux règles opposées de compétence s'expliquent par la contradiction interne inhérente à l'idée d'autonomie ; elles sont intellectuellement inséparables (11).

Assez curieusement d'ailleurs, ce principe correcteur de la règle de la compétence judiciaire n'est pas présenté comme une règle de compétence, mais comme une règle de droit substantiel. Selon les juristes allemands, cette règle ne limite pas le domaine de la compétence judiciaire, en notre matière, mais seulement l'exercice de cette compétence ; il ne constitue donc pas une véritable exception. Peut-être cet artifice a-t-il été employé afin que cette règle de la compétence judiciaire apparaisse d'une application aussi illimitée que le

(10) Par exemple, la décision du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 24 novembre 1939 (R G Z. 162,230) est ainsi motivée : « En principe les actes d'administration ne peuvent être attaqués devant les tribunaux ordinaires dans leur validité juridique. Ils ne peuvent être annulés, confirmés ou modifiés par ces tribunaux. » — Voir aussi R G Z. 168,134 et la décision du Tribunal civil supérieur (Oberlandesgericht) de Celle du 11 avril 1949 dont voici le sommaire : « Les autorités et les tribunaux administratifs ont pour fonction de vérifier la légalité des actes d'administration. Cette tâche n'incombe pas aux tribunaux ordinaires, même s'il s'agit d'une question préalable à un litige civil. » (D V Bl. 1949,387).

(11) Ce point est remarquablement mis en lumière par le professeur HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. II, pp. 699 à 702.

§ 148 du Code allemand de procédure civile relative au sursis à statuer facultatif, dont elle est censée découler (12).

La combinaison du principe du respect des actes d'administration par les tribunaux civils avec le § 148 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung) conduit d'ailleurs à des résultats pratiques déplorables. En effet, lorsqu'un tribunal civil a à connaître des conséquences d'un acte d'administration, il ne peut pas vérifier la légalité de cet acte, mais il n'est pas tenu de surseoir à statuer ; même s'il a des doutes sur la validité de cet acte, il peut ne pas surseoir à statuer, se contenter de supposer l'acte valable et rendre ainsi une décision reposant sur une fiction qui aura pourtant force de chose jugée (quant à la question tranchée à titre principal). Une telle solution ne comportait pas autrefois de trop graves inconvénients ; le sursis à statuer n'était intéressant pour le plaideur que s'il pouvait saisir un tribunal administratif, ce qui était assez rare, et de plus on pouvait espérer que dans les cas où l'acte d'administration est à la fois douteux et susceptible d'être apprécié par un tribunal administratif, les tribunaux civils surseoiраient à statuer. Malheureusement les tribunaux civils allemands, trop fiers, semble-t-il, décident rarement le sursis à statuer.

Cette solution, peu satisfaisante dès avant la réforme de la juridiction administrative, est aujourd'hui véritablement scandaleuse. Elle brime de façon injustifiée le pauvre plaideur qui a omis de demander aux tribunaux administratifs qu'ils annulent un acte d'administration, susceptible d'être invoqué lors du procès civil. Seul, à notre connaissance, le professeur Böhmer a dénoncé en termes vigoureux cette grave imperfection du droit allemand (13). Quoi qu'il en soit, elle heurte vivement le juriste français ; en effet, si le droit français a peut-être trop généralisé l'obligation de surseoir à statuer (elle ne semblait s'imposer que pour le contentieux de la légalité), du moins a-t-il l'avantage de ne pas organiser de semblables dénis de justice.

Sans doute, l'indifférence des juristes allemands à l'égard de cette malencontreuse combinaison de l'incompétence judiciaire (pour nous, il s'agit bien d'une règle de compétence, quoi qu'en disent les juristes allemands) et du sursis à statuer facultatif s'explique et même se justifie partiellement par la correction qui a été apportée au principe correcteur lui-même, à savoir la possibilité pour les tribunaux civils de constater immédiatement l'illégalité d'un acte d'administration, chaque fois que celle-ci est évidente.

(12) Cela est très net dans BÖHMER, *Grundlagen*, I, pp. 254 à 256 ; SIEBERT in SOERCEL, B G B., pp. 25 et 26 et KLEIN, *Untersuchungen*, pp. 7 et 13 à 22.

(13) BÖHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, pp. 273 à 276.

§ 3. — La possibilité pour les tribunaux civils de constater l'inexistence (Nichtigkeit) des actes d'administration.

Le droit français ne possède pas de véritable théorie jurisprudentielle de l'inexistence des actes d'administration. L'idée d'inexistence y joue cependant un certain rôle, par l'intermédiaire de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait (14). En effet, hors le cas de l'exécution forcée ne remplissant pas les conditions de fond exigées, la voie de fait suppose toujours une illégalité grossière ou manifeste ; et la compétence judiciaire qui en découle ne repose pas exclusivement sur le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée et de la liberté individuelle, mais aussi sur l'idée de dénaturation de l'acte (15). Or, le propre d'une théorie de l'inexistence des actes d'administration est de considérer que des actes d'administration sont entachés de si graves irrégularités qu'ils cessent d'être de véritables actes d'administration et qu'ils peuvent, en conséquence, être appréciés par les tribunaux civils.

Mais la théorie de la voie de fait limite l'application de l'idée d'inexistence aux décisions exécutées portant une grave atteinte à la propriété privée et à la liberté individuelle.

Au contraire, le droit allemand possède une véritable théorie de l'inexistence (Nichtigkeit) des actes d'administration (16). Selon celle-ci, on entend par inexistence une irrégularité si grossière de l'acte d'administration, que celui-ci peut être considéré comme n'ayant juridiquement jamais existé. En conséquence, l'inexistence d'un tel acte peut être constatée par n'importe quel tribunal, même civil, et à n'importe quel moment, même si les délais du recours en annulation sont expirés.

Sur le plan des compétences, la théorie allemande de l'inexistence n'entraîne pas des conséquences aussi importantes que la théorie française de la voie de fait. D'une part, elle n'a pas pour effet d'étendre la compétence des tribunaux ordinaires aux questions d'indem-

(14) Sur ce problème, voir EISENMANN, *Cours de droit administratif*, doctorat 1950-1951, polycopié et AUBY, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, 1947.

(15) Cette idée a été particulièrement développée par le professeur VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative ». J.C.P. 1950.I.851 et *Droit administratif*, 1958, I, pp. 73 à 77. Elle a été combattue par le professeur CHAPUS dans *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd. 1954, pp. 176 à 179.

(16) Cette théorie est exposée par tous les auteurs figurant à la bibliographie de cette section ; elle est également exposée par BENDER (B.), *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd., 1956, pp. 104 à 107 et 110 à 124.

nisation puisqu'elles sont déjà de leur compétence. D'autre part, elle n'a pas pour effet de reconnaître aux tribunaux civils le droit de constater à titre principal l'illégalité manifeste d'un acte d'administration : sauf peut-être le cas de l'acte entaché de grave arbitraire (Willkür) (17), le plaideur ne peut pas diriger son action contre l'administration elle-même, comme en France et il doit la diriger contre le particulier bénéficiaire de l'illégalité (18). Ainsi la théorie allemande de l'inexistence permet seulement aux tribunaux civils d'apprécier à titre incident la légalité des actes de l'administration.

En revanche, la notion allemande d'inexistence (Nichtigkeit) repose sur des bases plus larges que la notion française de voie de fait. Non seulement, son application n'est pas limitée aux cas d'exécution matérielle et d'atteinte grave à la propriété privée ou à la liberté individuelle, mais encore la notion d'illégalité grossière y est comprise plus largement.

Sur le plan théorique, les conceptions sont sensiblement les mêmes : le Tribunal français des conflits parle de « décisions manifestement insusceptibles de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire » (19) tandis que la Cour fédérale admet l'inexistence d'un acte d'administration lorsque celui-ci « ne peut être justifié objectivement en aucun cas par la loi » (20).

Mais dans la pratique, il nous semble que les cas d'inexistence soient plus nombreux en droit allemand qu'en droit français. A vrai dire, la comparaison est assez difficile à mener, car au cours des années 1945-1952, le contentieux des réquisitions a été si important dans les deux pays que les tribunaux civils ont cherché à protéger le mieux possible les particuliers contre les pouvoirs exorbitants de l'administration, qui en se servant de la théorie de la voie de fait, qui en se servant de celle de l'inexistence. Les notions de voies de fait et d'inexistence se sont ainsi considérablement étendues et ont débordé leur cadre traditionnel. Par exemple, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a admis l'inexistence juridique d'une réquisition qui avait été en fait décidée par une autorité autre que celle qui

(17) Cette théorie à laquelle font allusion certaines décisions jurisprudentielles de temps à autre n'est à peu près jamais mise en œuvre. — Voir BÖHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, 1950, pp. 249 et 250 et SIEBERT, in SOERGEL, *Kommentar zum B G B*, 8^e éd., tome I, pp. 23 et 24. — Voir aussi O L G. Kiel 13.7.1948, in D V Bl. 1949, 106.

(18) Les tribunaux administratifs sont donc seuls compétents pour constater à titre principal l'inexistence d'un acte d'administration. Voir par exemple O V G. Münster 9.3.1956, in D V Bl. 1957, 21.

(19) T.C. 4 juin 1940, Schneider, Rec. p. 248. — T.C. 17 février 1947, Perrin, D. 1947.134 (note P.L.J.) ; J.C.P. 1947.II.3507 (note FRÉJAVILLE).

(20) B G H 17.1.1952 in N J W. 1952, 583.

avait signé (signature en blanc) (21) et de nombreux tribunaux civils français ont admis également que des vices de forme assez légers affectant une réquisition lui donnaient le caractère d'une voie de fait (22).

Si nous faisons abstraction de ces cas « pathologiques », les cas d'inexistence se limitent aux irrégularités suivantes : vices de forme, lorsqu'il s'agit d'une forme substantielle prescrite impérativement par la loi (par exemple, absence de notification d'un acte si celle-ci est prescrite par la loi), vices de procédure, lorsqu'il s'agit d'une règle protectrice des intéressés importante (par exemple, non-décision de l'organe collégial prévu par la loi), graves vices d'incompétence (aucun texte de loi ne peut fonder la compétence de l'auteur de l'acte), actes entachés de pur arbitraire (c'est-à-dire actes qui ne peuvent avoir été pris dans l'intérêt du service) (23).

Cette énumération est apparemment très proche de celle fournie par le droit français : un vice de procédure très grave (par exemple une arrestation sans mandat ni arrêté d'internement), un grave vice d'incompétence, un acte de pur arbitraire sont des cas de voie de fait (24). Mais les tribunaux français sont généralement beaucoup plus exigeants ; pour qu'il y ait voie de fait, il ne suffit pas de vices graves, il faut généralement qu'il y ait absence totale de titre, absence totale de respect des formes et de la procédure prévues par la loi, absence totale de pouvoirs de l'administration en ce domaine. Hors le cas de l'exécution forcée ne remplissant pas les conditions de fond exigées, il n'y a voie de fait que lorsque l'administration s'est véritablement placée en dehors du Droit.

(21) L'extension démesurée de la notion d'inexistence des actes d'administration à cette époque a été dénoncée par FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 102 et 103 (et la note 4). L'exemple donné au texte est emprunté à une décision de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) : B.G.H. 12.2.1951 in D.V.B.I. 1951.345 (note NAUMANN).

(22) L'extension démesurée de la notion de voie de fait dans la jurisprudence judiciaire de cette époque a provoqué l'élévation de très nombreux conflits positifs. Voir notamment DELVOLVÉ, « Une crise du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires : la jurisprudence du Tribunal des conflits de 1947 à 1950, in Conseil d'Etat, *Etudes et documents*, n° 4, 1950, p. 21. Deux décisions de la cour d'appel de Paris sont particulièrement symptomatiques : Paris, 15 octobre 1946, D. 1946.J.406 et Paris 23 octobre 1946, D. 1947.J.10 et J.C.P. 1946.II.3378 (note FRÉJAVILLE).

(23) Les quatre cas d'inexistence que nous avons énumérés sont illustrés par les décisions jurisprudentielles suivantes : 1° Bayer. V.G.H. 2.8.1949 in D.V.B.I. 1950.275 ; 2° B.G.H. 14.7.1956 in D.V.B.I. 1957.24 ; 3° Württ.-Bad. V.G.H. in S.J.Z. 1948.152 ; 4° B.G.H. 28.6.1951 in N.J.W. 1951.957 et B.G.H. 14.5.1954 in D.V.B.I. 1954.431.

(24) C.E. 25 juin 1954, Escorbiac, A.J. 1954, p. 477 (note DUFAY). — T.C. 15 mars 1951, Comptoir linier, Rec. p. 630. — C.E. 18 novembre 1949, Carlier, S. 1950.3.49 (note DRACO) ; R.D.P. 1950.178 (concl. GAZIER, note WALINE) ; J.C.P. 1950.II.5535.

CONCLUSION DE LA SECTION.

Ainsi, les systèmes allemands et français sont-ils tous deux le résultat d'un équilibre complexe entre deux ou trois principes antagonistes. En Allemagne, ces principes antagonistes sont le droit des tribunaux judiciaires à résoudre les questions préjudicielles de droit public, l'impossibilité de contrôler la légalité des actes d'administration, et la possibilité d'en constater l'inexistence. En France, ce sont l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de « connaître » des actes d'administration, et le droit de sanctionner la voie de fait (25). Il résulte de la combinaison de ces principes des solutions complexes, beaucoup moins opposées entre elles que les juristes allemands ne le croient généralement (26). Retenons seulement que la compétence judiciaire est plus étendue en Allemagne qu'en France en matière de questions préjudicielles.

SECTION II.

L'ATTRIBUTION AUX TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
DU CONTENTIEUX CIVIL INCIDENT

BIBLIOGRAPHIE : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 90 à 92 et 104 à 105. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, pp. 62 à 66. — VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., 1956, pp. 45, 46, 51 et 52.

En droit français, aucun texte général de droit positif ne peut être utilisé pour régler le problème de la compétence administrative en matière de questions préalables de droit civil. Seul, l'article 326 du Code civil apporte un commencement de solution ; il dispose en effet : « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. » Cependant, la jurisprudence des conflits n'a jamais hésité sur la solution à adopter ; elle a considéré que la règle du sursis à statuer obligatoire devait s'imposer également à la

(25) Le principe de la plénitude de juridiction n'intervient, en droit français, qu'en faveur du juge répressif ou du juge fiscal.

(26) Voir notamment : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 105, note 1. — HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., II, pp. 702 et 703. — KLEIN, *Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich*, pp. 9 et 10. — SIEBERT in SOERGEL, *Kommentar zum BGB.*, 8^e éd., I, p. 25 (note 17).

juridiction administrative. Elle a, en effet, toujours admis que le principe de la séparation des pouvoirs devait jouer dans les deux sens, que les tribunaux administratifs ne devaient donc pas trancher eux-mêmes les questions préalables de droit privé soulevées devant eux, et qu'ils devaient dans de tels cas surseoir à statuer. Cette règle ne souffre aucune exception (27).

En droit allemand, il n'existe également aucun texte en la matière et cependant la jurisprudence n'a pas non plus hésité sur la solution à adopter. Elle a considéré que la règle de la séparation des pouvoirs jouait en faveur des deux pouvoirs et que les règles dégagées pour les tribunaux ordinaires devaient également s'appliquer aux autorités et juridictions administratives.

Là encore, la même argumentation un peu archaïque est présentée; le pouvoir administratif est un pouvoir autonome vis-à-vis du pouvoir judiciaire; il doit avoir la possibilité d'exercer ses fonctions sans recourir à la collaboration des tribunaux ordinaires, lorsqu'une question préalable de droit privé se présente à lui. Cependant cette autonomie a pour limite le respect des décisions prises par les organes de celui-ci relatives aux questions de droit privé, autrement dit le respect de la chose jugée (28).

Il n'est pas nécessaire de revenir sur l'archaïsme d'une telle argumentation qui date d'une époque où l'on ne distinguait pas encore nettement les juridictions administratives des autres autorités administratives. Elle se réfère, en effet, plus au problème des rapports entre la justice et l'administration qu'à celui des rapports entre la justice judiciaire et la justice administrative (29). Le lecteur aura en effet remarqué le parallélisme du principe du respect des actes d'administration par les juges judiciaires et du principe de l'autorité de la chose jugée s'imposant à l'administration. Cependant ce parallélisme n'est pas parfait car il n'y a pas de théorie de l'inexistence des jugements qui corresponde à celle de l'inexistence des actes d'administration.

La plupart des auteurs allemands admettent que la règle de la compétence administrative n'exclut pas la faculté pour les tribunaux administratifs de surseoir à statuer; l'article 148 du code de

(27) La question est peu étudiée par les juristes français; on trouve quelques brèves indications dans : DUEZ et DEBEYRE, *Droit administratif*, 1952, p. 260. — A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd., 1957, p. 312. — WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd. 1957, pp. 60 et 61.

(28) O V G. Münster 28.2.1950 in DöV. 1950,653; le sommaire (Leitsatz) est ainsi rédigé : « Les tribunaux administratifs sont compétents pour résoudre incidemment toutes les questions préalables de droit privé. »

(29) D'ailleurs, tous les auteurs allemands étudient le problème des questions préalables dans un chapitre intitulé « Justice et administration ».

procédure civile serait en effet applicable par analogie aux tribunaux administratifs (30).

En ce qui touche le contentieux civil incident, les systèmes allemands et français s'opposent en définitive assez nettement : principe de la compétence administrative (sous réserve du jeu de l'autorité de la chose jugée) et du sursis à statuer facultatif, d'une part; principe de la compétence judiciaire et du sursis à statuer obligatoire, d'autre part.

(30) Voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 104 ; WOLFF, I, 1^{re} éd., p. 66 ; VON TUREGG, 3^e éd., p. 46.

CONCLUSION

DE LA DEUXIEME PARTIE

Nous pouvons maintenant répondre à la question que nous nous étions posée : la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux civils s'opère-t-elle selon la nature du droit applicable au litige ?

Les développements qui précèdent nous ont montré qu'en principe, depuis 1945, l'Allemagne avait adopté le système français d'après lequel la juridiction administrative a vocation à connaître de l'ensemble des litiges administratifs et la juridiction civile de l'ensemble des litiges civils. La règle de l'article 19 de la Loi fondamentale et la jurisprudence des litiges civils par tradition ne constituent pas de graves atteintes à ce principe.

En revanche, le droit allemand conserve un vestige important du passé : l'attribution aux tribunaux civils du contentieux de l'indemnisation de droit public. Nous avons même admiré la grande vitalité qui s'y manifeste. Cependant, l'opposition avec le droit français n'est pas aussi accusée qu'elle le paraît au premier abord. Nous avons montré que le droit allemand possédait, en réalité, deux contentieux de la responsabilité des collectivités publiques, l'un de droit privé et l'autre de droit public, bien qu'ils fussent tous deux judiciaires. Nous avons remarqué, d'autre part, qu'en France, le contentieux du « dédommagement de droit public » tend à appartenir de plus en plus aux tribunaux civils.

Quant au problème, mineur d'ailleurs, des questions préalables, les droits allemands et français s'opposent beaucoup moins entre eux que les principes de base le font présager.

Ainsi, en ce qui concerne tous ces problèmes, les droits allemand et français se sont considérablement rapprochés depuis un demi-siècle; leurs solutions sont aujourd'hui très voisines. Une telle constatation est-elle vraiment surprenante ? Dans les deux pays, les droits ont été profondément influencés par le droit romain et le droit canon et ils se sont aussi influencés mutuellement.

Puisque les règles de compétence juridictionnelle sont ainsi très semblables en France et en Allemagne, les juristes des deux pays se heurtent constamment à la même difficulté fondamentale lors de leur mise en œuvre; quand un litige est-il de droit civil, quand un litige est-il de droit public ? Chose curieuse, les juristes allemands se heurtent à cette difficulté, là même où le contentieux est exclusivement judiciaire, celui de la responsabilité des collectivités publiques.

C'est à ce problème de la détermination de la nature du droit applicable au litige qu'est consacrée notre troisième partie.

TROISIÈME PARTIE

LE PROBLÈME DE LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE AU LITIGE

Le problème de la détermination de la nature du droit applicable au litige n'est pas d'une étude aisée.

En droit français même, aucune règle certaine n'a été dégagée par la doctrine ou par la jurisprudence. Une telle constatation est d'autant plus étonnante que la coexistence des deux ordres de juridictions est déjà vieille de plus d'un siècle et demi, et qu'un tribunal des conflits de type arbitral fonctionne depuis 1872 et rend des arrêts s'imposant aux deux juridictions suprêmes. Comment expliquer que l'état actuel du droit soit sur ce point aussi peu satisfaisant ? Probablement, parce que la distinction des droits privé et public n'appartient pas exclusivement au domaine de la logique rationnelle, mais qu'elle est également l'aboutissement d'un long cheminement historique. Or depuis un demi-siècle, le cours de l'histoire s'accélère et les institutions juridiques, lentes à se mouvoir, ont peine à suivre.

En Allemagne, les conditions dans lesquelles s'est développée la distinction des droits privé et public ont été encore moins favorables. En effet, l'organisation juridictionnelle allemande ne possède une véritable juridiction administrative que depuis dix ans. Aujourd'hui

encore, aucune juridiction des conflits comparable à la nôtre n'est chargée de répartir les litiges entre ces deux ordres. Ainsi, il n'y a pas de jurisprudence unique en matière de détermination du droit applicable aux litiges; il y a seulement une jurisprudence civile et une jurisprudence administrative. Si l'on ajoute que le système dit de la priorité, applicable en Allemagne du Nord, empêche les conflits positifs d'éclater et donc d'être résolus, on ne s'étonnera point que les décisions jurisprudentielles y soient assez rares et que par contrecoup, les juristes d'outre-Rhin n'étudient guère ce problème.

De surcroît, dans la mesure où la distinction des droits privé et public est le produit de l'histoire, elle a été l'objet de bouleversements encore plus brutaux et plus profonds qu'en France. Depuis cent ans, en effet, l'histoire allemande marche à pas de géant. Il y a un siècle, l'Allemagne n'était pas encore unifiée et les divers Etats allemands étaient peu évolués politiquement : le système médiéval avait laissé des traces profondes dans leur organisation sociale; l'absolutisme monarchique avait rarement cédé la place à un monarchisme constitutionnel véritablement libéral; enfin, la bourgeoisie montante, très récente, cherchait souvent à s'identifier socialement aux grands nobles féodaux. Cinquante ans plus tard, l'Allemagne était devenue un pays unifié, qui marchait à pas rapide vers un système à la fois politiquement libéral et socialement interventionniste : le suffrage universel avait été établi, et l'idéal était devenu celui d'un Etat soumis entièrement au droit. D'autre part, le capitalisme d'Etat, issu parfois directement des privilèges médiévaux se développait rapidement; les institutions sociales, notamment celles de la sécurité sociale, étaient en avance sur leur temps; enfin, de nombreuses communes étaient entre les mains des promoteurs du socialisme municipal. Mais la guerre de 1914 a éclaté avant que ces tendances ne se soient pleinement réalisées. Désormais, le développement ne sera plus spontané et libre. Il va s'accélérer sous la pression des difficultés économiques et sous la pression d'idéologies forcenées : tour à tour, la guerre de 1914-1918, le socialisme rouge des premières années de Weimar, la crise financière de 1923, la crise économique de 1929 et l'arrivée du nazisme au pouvoir vont brutalement plonger l'Allemagne dans un dirigisme économique et culturel extrêmement poussé. Les institutions traditionnelles sont alors fortement secouées et parmi elles, la distinction des droits privé et public. Cependant celle-ci survivra aux épreuves, et lorsque après 1945 l'interventionnisme et le dirigisme économique retrouveront des proportions plus normales, elle demeurera la clef de voûte du système juridique allemand, mais elle ne sera plus celle d'avant 1914.

Ainsi, encore moins qu'en France, la distinction des droits privé

et public ne peut être comprise en Allemagne sans référence à l'histoire. C'est pourquoi, dans le premier chapitre de cette troisième partie, nous montrerons comment s'est dégagée peu à peu la délimitation actuelle entre le droit public et le droit privé. Les chapitres qui le suivront seront consacrés aux diverses théories qui mettent en œuvre cette distinction.

CHAPITRE VI

LES ORIGINES DE LA DELIMITATION ACTUELLE ENTRE LES ACTIVITES ADMINISTRATIVES DE DROIT PRIVE ET CELLES DE DROIT PUBLIC

Au début du XIX^e siècle, la France et l'Allemagne ne possédaient pas la même organisation juridictionnelle. En France, il était interdit aux tribunaux civils de connaître des litiges mettant en cause l'administration quels qu'ils fussent, et, seuls, les conseils administratifs placés auprès des autorités de l'Etat étaient compétents pour trancher les affaires contentieuses opposant l'administration à ses administrés. En Allemagne, au contraire, le jugement des litiges administratifs n'était pas interdit aux tribunaux ordinaires qui s'abstenaient seulement de juger ceux qui mettaient directement en cause l'autorité de l'administration; en revanche, aucun organe spécialisé n'était chargé d'expédier le contentieux administratif, et les litiges que les tribunaux ordinaires se refusaient à juger demeuraient sans juge. Nous avons vu précédemment (1) comment les institutions des deux pays avaient évolué de façon convergente : en France, les conseils administratifs sont devenus peu à peu de véritables juridictions

(1) Voir le chapitre III.

spécialisées dans l'application du droit administratif; en Allemagne, des juridictions administratives sont apparues après 1871 afin que certains litiges administratifs ne demeurent pas sans juge.

Parallèlement à ces transformations dans l'organisation juridictionnelle, les règles relatives à la détermination du droit applicable à l'administration ont subi une évolution. En France, la juridiction administrative, qui était juge des conflits, élaborait peu à peu la notion de droit administratif, droit spécial aux activités spécifiques de l'Etat. En Allemagne, la juridiction ordinaire qui était juge des conflits, abandonna progressivement l'antique théorie du Domaine (Fiskus) d'après laquelle tous les rapports de droit patrimoniaux de l'administration étaient soumis au droit commun. Aux anciennes conceptions succédaient ainsi des systèmes assez semblables fondés sur la distinction de l'administration d'autorité et de l'administration de gestion.

Depuis les années 1900-1920, l'évolution s'est poursuivie dans les deux pays. La distinction classique a disparu ou s'est transformée; des systèmes nouveaux sont apparus.

Ainsi, dans l'histoire des théories relatives à la détermination du droit applicable à l'administration, deux périodes peuvent être distinguées : la période ancienne qui conduit à la théorie de l'administration d'autorité et la période moderne. C'est à elles que sont consacrées les deux sections de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

DE LA THÉORIE DU DOMAINE (FISKUS) A LA DISTINCTION ENTRE L'ADMINISTRATION D'AUTORITÉ ET L'ADMINISTRATION DE GESTION

BIBLIOGRAPHIE : MAYER (Otto), *Le droit administratif allemand*, édition française 1903, I, pp. 55 à 63, 174 à 188 et 276 à 279; *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2^e édition allemande 1914, I, pp. 50 à 55, 116 à 123 et 178 à 182. — FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1^{re} éd. 1911, pp. 33 à 40 et 43 à 50; traduction EISENMANN, 1933, pp. 27 à 33 et 35 à 39.

La fin du XIX^e siècle et le début du XX^e ont été marqués par l'abandon progressif de la théorie du Domaine (Fiskus) et par l'apparition d'une théorie plus familière au juriste français, celle de la distinction de l'administration d'autorité et de l'administration de gestion.

§ 1. — L'abandon de la théorie du Domaine (Fiskus).

En droit français, la juridiction administrative était primitivement compétente pour connaître de l'ensemble du contentieux soulevé par l'activité de l'administration. Mais dès la première moitié du XIX^e siècle, les juridictions ordinaires ont revendiqué le jugement des litiges mettant en cause l'administration, lorsqu'elle agit comme personne privée. Peu à peu, la juridiction administrative, qui était alors tribunal des conflits, abandonna aux tribunaux civils une partie du contentieux administratif.

Bien plus, au cours du dernier tiers du XIX^e siècle, les juristes français, influencés par les doctrines libérales, soutinrent que la soumission de l'administration au droit privé était la règle (2). Selon eux, c'est seulement dans des hypothèses exceptionnelles, dans la stricte mesure nécessaire, que l'application d'un droit spécifiquement public est admissible. Il en est ainsi lorsque l'administration se trouve dans une situation qui n'est pas du tout comparable à celle des particuliers, c'est-à-dire lorsqu'elle exerce l'autorité publique au regard de la collectivité. Edouard Laferrière, vice-président du Conseil d'Etat à la fin du XIX^e siècle, formula ces idées avec une particulière netteté en exposant la célèbre distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Celle-ci était ainsi l'aboutissement d'une longue évolution tendant à réduire le domaine d'application du droit public.

Au contraire, en droit allemand, l'avènement de cette théorie, d'ailleurs beaucoup plus tardif, est l'aboutissement d'une évolution inverse tendant à accroître le domaine d'application du droit public aux dépens de celui du droit privé.

Dans le cadre de la théorie du Domaine (Fiskus), l'empire du droit civil était immense (3). D'après elle, en effet, l'Etat se composait de deux personnes juridiques distinctes : d'une part, l'Etat-puissance publique, qui détient la souveraineté, et d'autre part, le Domaine (Fiskus), administration qui gère la fortune publique et ne jouit pas des privilèges de la souveraineté. Ce dualisme fondamental de la personne morale Etat permettait de voir dans tout rapport entre l'administration et l'un de ses sujets une face de droit public et une face de droit civil. Ainsi, lors d'une expropriation, c'est l'Etat-

(2) Le lien entre le libéralisme économique du XIX^e siècle et la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion a été mis particulièrement en lumière par le professeur EISENMANN dans son *Cours de droit administratif* 1952-1953, polycopié, pp. 72 et 73.

(3) Voir l'exposé détaillé de cette théorie au chapitre III.

puissance publique qui dépouillait le particulier de son droit de propriété et c'est sur le Domaine (Fiskus) que pesait l'obligation d'indemniser le possesseur de l'immeuble exproprié. Ainsi, les tribunaux ordinaires ne pouvaient pas apprécier eux-mêmes la légalité de la décision d'expropriation, qui était souveraine, mais ils pouvaient dédommager la victime de cette mesure. « Comme il n'y a rien à faire contre l'Etat lui-même et que le Domaine (Fiskus) ne peut pas faire plus que de payer, toute garantie de la liberté civile sous le régime de (la) police, se résumait dans ces mots : « Soumets-toi et présente ta note » (4).

Mais peu à peu, les conceptions évoluèrent. On abandonna tout d'abord l'idée de la double personnalité de l'Etat. « Le nouveau droit public enseigna que le Domaine (Fiskus) n'est pas une personne différente de l'Etat, mais seulement un aspect, l'aspect patrimonial de l'Etat lui-même » (5). Puis les institutions du droit public se perfectionnèrent au fur et à mesure que les juridictions administratives créées après 1871 développaient leur activité. La théorie du Domaine (Fiskus) apparut de plus en plus comme une fiction destinée à accroître le champ d'application du droit civil. Aussi fut-elle peu à peu abandonnée.

Elle fut délaissée par la doctrine dès avant la fin du XIX^e siècle. Ainsi dans la première édition de son traité de droit administratif allemand (1896), Otto Mayer n'admettait plus que le caractère patrimonial d'un rapport de droit entraînaît *ipso facto* sa soumission au droit civil et il invoquait à l'appui de sa thèse l'ensemble de la doctrine de l'époque (6). Il acceptait cependant que le domaine de compétence des tribunaux ordinaires soit déterminé conformément à l'ancienne théorie (7), mais dès la seconde édition (1914), il aban-

(4) O. MAYER, édition française, I, p. 61, note 22.

(5) FLEINER, trad. EISENMANN, p. 31.

(6) O. MAYER, édition française, I, p. 178, note 4.

(7) O. MAYER, édition française (elle se situe entre la première édition et la seconde édition allemande : 1903), I, pp. 278 et 279 : « Quand une loi exprime a été rendue qui dit : les contestations résultant de rapports de droit civil seront portées devant les tribunaux (ordinaires), elle renvoie sans doute à la doctrine relative à la délimitation de ces rapports. Mais... elle adopte comme partie de ses propres dispositions la doctrine existante à l'époque... (c'est-à-dire) la manière de voir du régime de la police... Les réorganisations survenues depuis lors sont censées avoir adopté purement et simplement les délimitations de compétence qui en étaient résultées... En présence de ces faits, la doctrine peut bien déclarer qu'aujourd'hui il faut considérer comme étant de droit public — et l'apprécier en conséquence — ce qui jadis a été considéré comme appartenant au droit civil. Mais elle n'a pas le pouvoir de dire que cela n'appartient pas aux tribunaux civils. »

donnait ce point de vue (8). De son côté, E. Kaufmann, dans un article paru dans le *Dictionnaire du droit public et du droit administratif allemands* (2^e édition 1914) passait purement et simplement sous silence la théorie du Domaine (Fiskus) (9).

Il semble d'ailleurs qu'en ce domaine l'influence française sur la doctrine allemande soit nettement perceptible. En effet la distinction française des actes d'autorité et des actes de gestion a été développée par tous les grands auteurs de la fin du XIX^e siècle, Aucoc, Ducrocq et E. Laferrière, à une époque où la théorie du Domaine (Fiskus) trouvait encore une large audience en Allemagne. Ce sont seulement les auteurs allemands de la génération suivante qui, encouragés sans doute par l'exemple français, ont abandonné cette théorie manifestement désuète et lui ont substitué une théorie qui est précisément la distinction française des actes d'autorité et des actes de gestion.

La jurisprudence allemande a suivi cette évolution doctrinale avec quelque retard. En effet, comme nous l'avons précédemment montré, l'organisation des tribunaux administratifs ne présentait pas alors toutes les garanties nécessaires et les tribunaux ordinaires ont hésité longtemps à abandonner une théorie qui accordait au droit civil un vaste domaine d'application pour une théorie, celle de l'administration d'autorité, qui lui en accordait un moindre. Le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) ne la répudia définitivement que le 12 mars 1918 (10). Un jugement souvent cité, rendu le 27 juillet 1918, et

(8) O. MAYER, 2^e édition allemande 1914, p. 179. Après avoir rappelé que précédemment « la jurisprudence se cramponnait volontiers à la conception traditionnelle accordant au droit civil un domaine d'application très étendu et permettant aux tribunaux ordinaires d'intervenir profondément dans l'activité de l'administration selon la technique propre au régime de l'Etat de police », l'éminent maître poursuivait : « Le Code civil allemand était destiné à y mettre fin. Avec lui, il n'était plus possible d'invoquer le fait que le domaine d'application du droit civil était autrefois plus étendu. Au contraire, pour des raisons politiques, on prit soigneusement garde de ne pas empiéter sur le domaine du droit public... Parmi les matières réservées par la loi impériale à la législation des Etats membres figurent justement quelques-unes des institutions les plus importantes qui étaient jusqu'alors régies par le droit privé, mais qui appartiennent en réalité au droit public et qui, pour cette raison, n'ont pas été réglementées par le Code civil. » Les raisons politiques auxquelles fait allusion O. MAYER sont les suivantes : l'Empire n'avait de compétence législative qu'en matière de droit privé et il devait se garder d'empiéter sur la compétence législative que les Etats membres avaient conservée en matière de droit public.

(9) L'article est intitulé : « Administration. Droit administratif » (Verwaltung, Verwaltungsrecht) et il a paru dans le *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts* de STENGEL et FLEISCHMANN, 2^e éd. 1914, T. III, pp. 688 et suiv.

(10) RGZ. 92, 310-315. Voir les chapitres III et IV.

concernant un litige mettant en cause l'administration d'Empire (11) exposa la nouvelle théorie, celle de l'administration d'autorité, dans les termes que voici : « Pour savoir si un litige peut être porté devant les tribunaux ordinaires comme litige civil, il faut examiner si le titre de droit invoqué par le demandeur est de droit privé ou de droit public; autrement dit, il faut examiner si, dans le prétendu rapport de droit liant les deux parties, celles-ci s'affrontent comme deux parties égales en droit sur le plan du droit privé (ce qui peut être le cas, même lorsque l'une des parties est l'Etat ou une autre collectivité publique), ou si l'Etat ou une autre collectivité publique ou l'un de ses organes intervient en vertu de son pouvoir d'autorité (*kraft obrigkeitlicher Gewalt*) à l'encontre des individus soumis à sa domination par le moyen de l'injonction ou de l'interdiction. »

Il faut noter, cependant, que la jurisprudence des litiges civils par tradition a quelque peu prolongé l'influence de la théorie du Domaine (*Fiskus*). C'est seulement depuis le jugement du Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) de 1941, que le principe de la liaison entre la nature du droit applicable et l'ordre de juridictions compétent a été pleinement rétabli (12).

L'abandon de la théorie du Domaine pour une distinction plus moderne s'est donc effectué de façon très progressive sur le plan jurisprudentiel. On peut cependant fixer approximativement la date de cet événement autour des années 1920. Désormais, l'ancienne théorie n'est plus qu'un vestige du passé, lent à disparaître. Au contraire, la nouvelle distinction entre administration d'autorité et administration qui ne l'est pas, représente le point de départ de l'évolution moderne du droit allemand; aussi mérite-t-elle une étude attentive.

§ 2. — La distinction de l'administration d'autorité et de l'administration de gestion.

Nous analyserons tout d'abord les notions d'autorité et de gestion, puis nous les replacerons dans le cadre du droit positif.

(11) En ce qui concerne les litiges mettant en cause les administrations des Etats membres, la théorie du *Fiskus* continuait d'être appliquée par le Tribunal d'Empire afin de ne pas bousculer les traditions de ces Etats : c'est la jurisprudence des litiges civils par tradition.

(12) RGZ. 168.218 (10 mars 1941).

I. — LES NOTIONS D'AUTORITÉ ET DE GESTION.

En France, ces notions ont été définies avec une particulière vigueur par E. Laferrière dans son ouvrage sur la juridiction administrative (13) : « On ne doit pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie par elle en vue d'un intérêt général, mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent, à ce titre, les facultés des citoyens. Ces facultés qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration lorsque celle-ci fait, en vue d'intérêts généraux, ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers. Mais ces facultés ne sont plus égales entre les individus et l'administration, lorsque celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est plus alors le principe d'égalité qui domine, mais au contraire le principe d'autorité : droit de commandement d'un côté, devoir de soumission de l'autre. Les actes que l'administration accomplit en vertu de cette délégation, les règles qu'elle édicte, les droits qu'elle confère, les injonctions ou les interdictions qu'elle prononce, portent l'empreinte d'un pouvoir propre : ce sont les actes de puissance publique, des actes administratifs dans le sens qu'on doit donner aux lois de 1790 et de l'an III... La règle est différente pour les actes de gestion, c'est-à-dire ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté. Les facultés que l'administration exerce dans l'accomplissement de ces actes n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé. »

Il est intéressant de mettre en parallèle ce texte et celui de Fleiner (1911) qui lui ressemble étonnamment (14) : « Pour l'accomplissement d'une grande partie de ses tâches, l'administration se sert des mêmes procédés de droit civil que le Code civil met à la disposition des particuliers... L'Etat administrateur, lorsqu'il se place sur ce terrain, entretient avec ses citoyens, des rapports d'égal à égal. Chaque fois, par contre, que l'Etat administre par voie d'autorité (obrigkeitlich) en qualité de puissance publique, dominatrice (als hoheitliche, herrschaftliche Macht), le droit privé est inapplicable. On est alors en présence d'un rapport de droit entre sujets de droit

(13) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. 1896, pp. 478 et 484.

(14) FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1^{re} éd. 1911, pp. 44 et 45 ; trad. EISENMANN, 1933, pp. 35 et 36.

inégaux, qui doit être soumis à un droit particulier, le droit public. Les caractéristiques les plus apparentes de ce droit sont l'ordre unilatéral et la puissance de contrainte sur laquelle il s'appuie... Le droit public est ainsi constitué par la somme de toutes les dispositions qui règlent les rapports juridiques de domination entre l'Etat et les citoyens. »

La simple juxtaposition de ces deux textes, qui sont l'un et l'autre très représentatifs, met en évidence l'identité des doctrines françaises et allemandes. Dans les deux textes, on retrouve la même notion de puissance publique ou d'autorité (les deux termes sont alors synonymes) et l'on voit apparaître la même notion de gestion, quoique ce terme ne figure pas dans le texte allemand. En effet, comme chez Laferrière, les cas où l'administration renonce à utiliser ses pouvoirs d'autorité sont de deux sortes : d'une part les opérations « isolées », « ayant un caractère d'économie privée » (15), d'autre part, les cas où la collectivité « pour toute une branche de son activité, prend nettement la situation d'un entrepreneur privé poursuivant ses intérêts économiques à côté des intérêts publics. L'Etat se fait propriétaire rural, commerçant, industriel ou bien il exerce un métier, exploite un patrimoine, un capital comme un particulier. On parle ici d'administrations domaniales (fiscales) » (16). Comme ces deux séries d'hypothèses correspondent à la notion française de gestion, il nous est permis d'affirmer que la doctrine allemande adoptait la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion imaginée par les juristes français.

Cependant, malgré cette indéniable communauté de doctrine entre la France et l'Allemagne, la délimitation des domaines d'application des droits privé et public n'était pas la même dans le droit positif des deux pays.

II. — LA DISTINCTION DES DEUX NOTIONS ET LE DROIT POSITIF.

La logique de la distinction voulait que l'administration d'autorité fût toute entière régie par le droit public et l'administration de gestion toute entière par le droit privé.

Or, cette logique n'était pas respectée par le droit français de l'époque : tous les actes de gestion n'étaient pas des actes régis par le droit privé, des actes de gestion privée. Souvenir d'une époque où la juridiction administrative était exclusivement compétente pour connaître des litiges mettant en cause l'administration, certaines lois

(15) O. MAYER, édition française, I, p. 182.

(16) O. MAYER, édition française, I, pp. 181 et 182.

ont « imprimé » à certains d'entre eux « un caractère administratif qui ne s'imposait pas de plein droit » (17) en les attribuant à la juridiction administrative (travaux publics, contrats administratifs). Le droit applicable aux actes de gestion était donc tantôt le droit privé, tantôt le droit public. La distinction des actes d'autorité et de gestion était en quelque sorte corrigée par l'existence d'une gestion publique par détermination de la loi.

En Allemagne aussi, la distinction ne s'appliquait pas sans restriction. Certes, tous les actes de gestion étaient soumis au droit privé; mais tous les actes d'autorité n'étaient pas soumis au droit public et soustraits à la juridiction des tribunaux ordinaires. Souvenir de la théorie du Domaine (Fiskus) et volonté d'éviter les dénis de justice, la jurisprudence des litiges civils par analogie et par tradition affirmait la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître de certains aspects de l'administration d'autorité (18).

Ainsi, tandis qu'en France la notion d'acte d'autorité était complétée par celle de gestion publique par détermination de la loi, en Allemagne elle était corrigée par la jurisprudence des litiges civils par tradition. Autrement dit, la distinction des actes d'autorité et de gestion ne rendait compte qu'imparfaitement des solutions françaises et allemandes : en France, la compétence administrative était plus étendue que ne le voulait la théorie; en Allemagne, elle l'était moins. Cet écart entre la théorie et les solutions pratiques devait s'accroître en France et s'atténuer en Allemagne avec l'extraordinaire développement du droit public. On comprend que dans ces conditions le droit français ait alors abandonné les notions d'autorité et de gestion et que le droit allemand se soit contenté de les élargir et de les adapter aux circonstances nouvelles.

SECTION II

LES TRANSFORMATIONS DE LA DISTINCTION ENTRE ADMINISTRATION D'AUTORITÉ ET ADMINISTRATION DE GESTION

BIBLIOGRAPHIE : JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, pp. 20 à 28. — BÖHMER (G.), *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1950, pp. 183, 184 et 198 à 213. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956,

(17) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., 1896, p. 8.

(18) Voir l'exposé de cette jurisprudence au chapitre IV, p. 95.

pp. 64 à 71, 304 à 307 et 338 à 341. — SIEBERT (Wolfgang) « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentliche Recht und Privatrecht », dans l'ouvrage collectif *Festschrift für Niedermeyer* 1953. — HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953, I, pp. 51 à 55. — BENDER (B.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^e éd. 1956, pp. 67 à 70. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, pp. 68 à 76.

Ni le droit français, ni le droit allemand ne sont demeurés au stade de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion. Ils se sont tous les deux profondément transformés.

Les facteurs de cette évolution ont été : d'une part, l'apparition d'un droit public de la responsabilité distinct du droit commun, ce qui a soulevé un problème nouveau, celui de la qualification juridique des actes matériels de l'administration; et d'autre part, l'accroissement des activités économiques et sociales de l'administration, ce qui a posé également un problème nouveau, celui de la qualification juridique des activités de prestation assurées par l'administration.

L'évolution qui en est résultée n'a certes pas revêtu les mêmes formes dans les deux pays, mais elle a cependant conduit à des résultats comparables : d'une part, les cas d'application du droit public à l'activité de l'administration ont débordé le cadre étroit de la notion d'autorité; d'autre part, les cas d'application du droit privé ont renouvelé la notion ancienne de gestion.

§ 1. — La transformation de la notion d'administration d'autorité.

Depuis le début du siècle, le droit français a abandonné la notion d'autorité et celle de gestion publique par détermination de la loi et il leur a substitué une notion unique, plus compréhensive, celle de service public. De même, depuis 1920, le droit allemand a subi une évolution parallèle. Seules les formes en diffèrent : il n'a pas abandonné purement et simplement la notion d'autorité et il s'est contenté de l'élargir.

Il nous est apparu qu'en Allemagne comme en France, l'élargissement ou l'effacement de la notion d'autorité a commencé par la jurisprudence relative à la détermination du droit applicable à la responsabilité de l'administration. Cette jurisprudence présente ainsi, pour notre étude, un intérêt tout particulier, quoique en Allemagne, elle ne concerne pas, du moins directement, la répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs.

C'est pourquoi, nous analyserons tout d'abord la jurisprudence relative à l'application du droit public de la responsabilité avant de présenter celle relative à la répartition des compétences.

I. — LA JURISPRUDENCE

RELATIVE A L'APPLICATION DU DROIT PUBLIC DE LA RESPONSABILITÉ.

En France, un droit public de la responsabilité de l'administration a été élaboré très tôt par le Conseil d'Etat. Mais le problème ne s'est posé avec netteté que lors de l'affaire Blanco, jugée par le Tribunal des conflits le 8 février 1873 (19). Pour la première fois, en effet, la juridiction compétente a été déterminée par référence au principe de la séparation des pouvoirs. Or, ni dans l'arrêt Blanco, ni dans les arrêts qui suivirent, la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion n'a été appliquée telle que nous l'avons exposée. Le commissaire du gouvernement David ne s'est pas demandé si, en l'espèce, l'acte matériel qui avait causé le dommage constituait un acte d'autorité ou un acte de gestion; il s'est contenté de faire les constatations suivantes : « Le service des tabacs, quelque ressemblance que son exploitation puisse offrir avec l'industrie privée, n'en est pas moins un service public comme tous les autres services dont l'ensemble constitue notre service financier. Or tous ces services sont des branches de l'administration; l'Etat, dans leur gestion agit toujours comme puissance publique, et, à ce titre, il n'est justiciable à leur égard, que de la juridiction administrative. » Ici, l'expression « puissance publique » ne désigne pas un procédé de droit exorbitant du droit commun, tels l'ordre ou la contrainte; elle caractérise empiriquement l'activité de tout un service. D'une analyse acte par acte, on est ainsi passé à une analyse globale (20).

L'adoption d'une méthode globale pour déterminer la nature de la responsabilité incombant à l'administration nous semble d'ailleurs imposée par la nature des choses. La plupart des actes dommageables ne sont-ils pas des actes matériels ? Or la qualification juridique d'un acte matériel est toujours malaisée; par lui-même, il ne présente aucun caractère juridique (21). Plus exactement, il n'en présente que dans la mesure où il s'inscrit dans le cadre d'un rapport de droit préexistant ou dans celui d'une activité déterminée. Pour qualifier l'acte matériel, on est donc conduit à qualifier le rapport de droit préexistant ou l'activité intéressée, bref à procéder à des analyses globales. Or, du fait que le cadre de l'analyse est plus

(19) D. 1873.3.17; S. 1873.3.153.

(20) Les deux sens du mot « puissance publique » sont nettement distingués par ROMIEU dans les conclusions relatives à l'affaire Terrier (C.E. 6 février 1903, Rec. p. 94; S. 1903.3.25, note HAURIU; D. 1904.3.65).

(21) Il n'en va autrement que si l'acte matériel contient en lui-même un acte juridique : arrestation d'un malfaiteur pris en flagrant délit, exécution forcée d'une décision administrative.

large, la notion de puissance publique s'élargit nécessairement : elle caractérise non seulement des actes qui, considérés en eux-mêmes, sont des actes d'autorité, mais encore des actes matériels qui se rattachent à l'exercice d'une activité imprégnée de puissance publique.

Cet élargissement de la notion de puissance publique en matière de responsabilité est apparu aux contemporains comme imposé par la nature même des choses. Laferrière, le grand théoricien de la distinction des actes d'autorité et de gestion, n'a-t-il pas présenté la jurisprudence Blanco sans formuler la moindre réserve (22) ? Bien plus, n'a-t-il pas affirmé que l'Etat ne répondait pas de ses actes d'autorité, mais qu'en revanche il répondait de ses actes de gestion (23) ?

L'avènement de la notion de service public au début de ce siècle n'a fait que consacrer cette jurisprudence. Sans doute, d'après la doctrine du service public, non seulement la nature des procédés de droit utilisés, mais encore le caractère du but visé entraînent désormais la soumission au droit public de l'activité du service considéré ; mais les décisions de jurisprudence se fondant exclusivement sur la nature du but poursuivi sont rares et peuvent être considérées comme exceptionnelles. Le passage de la notion extensive de puissance publique à la notion de service public n'a donc pas entraîné de profondes modifications en matière de responsabilité (24).

En Allemagne, le droit public de la responsabilité ne s'est guère développé avant les lois prussienne et impériale de 1910 et 1911 (25), c'est-à-dire à une époque où la théorie du Domaine (Fiskus) n'avait plus d'emprise sur les esprits ; de fait, cette théorie n'a exercé aucune influence sur la détermination du droit applicable à la responsabilité de l'Etat. Dès l'origine, la distinction de l'autorité et de la gestion a été adoptée. Bien plus, toute une série de facteurs ont incité la jurisprudence à élargir très rapidement la notion d'administration d'autorité (obrigkeitliche Verwaltung) ou de puissance publique (hoheitliche Verwaltung). Certains sont communs à la France et à l'Allemagne : difficulté de qualifier juridiquement un acte matériel

(22) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. 1896, II, pp. 682 à 684.

(23) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. 1896, II, pp. 186 et 187.

(24) Du moins en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité de l'Etat. L'avènement de la notion de service public a en effet facilité le transfert à la juridiction administrative du contentieux de la responsabilité des collectivités locales.

(25) Voir le chapitre IV, section II.

dommageable, multiplication des prestations (Leistungen) fournies par l'Etat. D'autres sont propres au droit allemand : en particulier, l'absence de répercussion de la détermination du droit applicable sur la répartition des compétences; que la responsabilité de l'Etat soit privée ou publique, le tribunal compétent a toujours été le tribunal civil; les imperfections de la juridiction administrative n'ont donc jamais été prises en considération par la jurisprudence judiciaire. C'est pourquoi l'évolution s'est produite beaucoup plus tôt en matière de responsabilité que dans les autres matières.

Dès 1927, l'Etat puissance publique n'était plus caractérisé par le simple exercice de l'autorité, comme l'atteste une décision du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) rendue cette année-là : « Même s'il n'y a pas manquement de la contrainte étatique (Betätigung des staatlichen Zwanges) mais seulement exercice des fonctions d'assistance de l'Etat (Ausübung staatlicher Fürsorge), il y a exercice de la puissance publique (Ausübung öffentlicher Gewalt) dans toutes les activités d'assistance que l'Etat prend en charge autoritairement (obrigkeitlich) » (26).

Depuis 1945, la jurisprudence du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a été confirmée avec éclat par l'article 34 de la Loi fondamentale. Contrairement à l'article 131 de la Constitution de Weimar qui visait les fautes commises dans l'exercice de la puissance publique (in Ausübung der öffentlichen Gewalt), cet article vise simplement les fautes commises dans l'exercice d'une fonction publique (in Ausübung eines öffentlichen Amtes). Or les juristes allemands sont unanimes pour déclarer que le constituant de Bonn n'a pas entendu par là étendre le domaine de la responsabilité publique mais simplement tenir compte de l'évolution jurisprudentielle (27). Ce changement de terminologie est cependant très significatif.

Assez curieusement, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) n'a pas adopté la terminologie du texte constitutionnel. Il lui a préféré une autre, qui exprime également l'élargissement de la notion d'administration régie par le droit public. Désormais, les expressions « administration de puissance publique » (hoheitliche Verwaltung) et « administration d'autorité » (obrigkeitliche Verwaltung) ne sont plus synonymes comme autrefois. En effet, la première comprend outre l'administration d'autorité, l'administration de simple puissance publique (schlicht-hoheitliche Verwaltung) qui représente les cas nou-

(26) Tribunal d'Empire, 24 mai 1927 in J.W. (*Juristische Wochenschrift*) 1927, 1994 (III) ; cité par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 270. Ce jugement est commenté au chapitre IX.

(27) Notamment FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 270.

veaux. C'est en utilisant cette terminologie qu'un jugement assez récent de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) (28) présente les grands principes jurisprudentiels qui dominent cette matière : « L'exercice de la puissance publique ne consiste pas seulement dans l'application de mesures de contrainte, mais aussi dans la mise en œuvre de mesures de protection et d'assistance (Schutz und Fürsorge). Le contraire de l'administration domaniale (fiskalische Verwaltung) est sans doute l'administration de puissance publique (hoheitliche Verwaltung), mais celle-ci est soit l'administration de simple puissance publique (schlicht-hoheitliche Verwaltung) : protection et assistance, soit l'administration d'autorité (obrigkeitliche Verwaltung) : édicition d'ordres et application de moyens de contrainte et force. » Ainsi, la terminologie jurisprudentielle elle-même a concrétisé l'élargissement de la notion de puissance publique et le dépassement de la notion d'autorité.

II. — LA JURISPRUDENCE RELATIVE A LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES.

Hors le cas du contentieux de la responsabilité de l'Etat, la jurisprudence française du XIX^e siècle semble avoir suivi la doctrine de Laferrière fondée sur la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion et le caractère exceptionnel des actes de gestion publique.

Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle que certains auteurs français ont cherché à généraliser la jurisprudence Blanco, qui reposait, nous l'avons vu, sur une notion élargie de la puissance publique. Dans son ouvrage *La Gestion administrative*, Hauriou affirma que l'Etat utilise toujours la puissance publique (*lato sensu*) ou recourt toujours aux moyens de gestion publique, lorsqu'il gère un service public, c'est-à-dire lorsqu'il exerce une activité d'intérêt général (29). Ainsi, la notion d'autorité et celle de gestion administrative étaient réunies dans une notion unique et plus large, celle de service public.

Dans des conclusions demeurées célèbres (30), le commissaire du gouvernement Romieu a fait adopter par le Conseil d'Etat cette doctrine. Il posa en principe que « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics... constitue une opération administrative, qui est, par sa nature du domaine de la juridiction

(28) 23 février 1956 in B G H Z. 20, 102 ; D V Bl. 1956, 452 ; N J W. 1956, 745. Ce jugement est commenté au chapitre IX, p. 234.

(29) Voir J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public » in *l'Evolution du droit public*, études en l'honneur d'Achille MESTRE, 1956.

(30) Arrêt Terrier du Conseil d'Etat, 6 février 1903 : *Rec.*, p. 94 ; S. 1903.3.25 note HAURIUO ; D. 1904.3.65.

administrative ». Il ajouta cependant qu' « il demeure entendu qu'il faut réserver... les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ». Ainsi la notion de service public n'entraînait pas à elle seule l'application du droit public et dans une terminologie plus rigoureuse, il eût été préférable de parler de l'avènement de la notion de gestion publique. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que cette époque a correspondu à une extension du domaine naturel d'application du droit administratif.

En Allemagne, l'évolution s'est produite beaucoup plus tardivement. Elle n'y rencontrait pas des conditions favorables. La jurisprudence des litiges civils par tradition inaugurée en 1918 par le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) retirait en effet une grande partie de son intérêt pratique au problème de la détermination du droit applicable. Elle ne prit une forme moins absolue et n'a rendu à ce problème sa position centrale que dans le jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 10 mars 1941 (31).

Aussi, n'est-il pas étonnant que, dans ce même jugement, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) utilise encore la vieille distinction entre administration d'autorité et administration de gestion qu'un jugement de 1918 avait déjà exposée. Malgré son obscurité, le passage qui la réaffirme mérite d'être cité : « Les litiges de droit civil sont des litiges portant sur des titres de droit privé et un rapport de droit privé est un rapport juridique entre particuliers, dans lequel leur appartenance à une collectivité publique n'exerce pas d'influence directe. Un rapport de droit public est un rapport dans lequel l'individu se trouve soumis au pouvoir de l'Etat (ou d'une autre collectivité publique) dans ses rapports avec la puissance publique elle-même, ses titulaires ou certains sujets soumis à cette même puissance. » (32)

Aussi, il semble qu'en matière de répartition des compétences, la notion d'autorité ou de puissance publique, n'a été élargie par la jurisprudence que depuis 1945. Les données du problème ont alors

(31) R G Z. 166, 218 ; le passage cité au paragraphe suivant se trouve à la page 226.

(32) Nous ne pensons pas qu'il faille y voir une influence des conceptions autoritaires de l'époque. La phrase qui suit le passage rapporté au texte en témoigne : « Selon la doctrine juridique du national-socialisme, tout rapport de droit doit être aménagé en vue des intérêts de la collectivité. Mais cette conception ne doit pas être prise en considération pour effectuer la délimitation (des droits privé et public), sinon la frontière que trace la loi elle-même disparaîtrait ». Devant de telles affirmations, nous tenons à dire tout notre respect pour le courage civique et la probité intellectuelle des membres de l'ancien Tribunal d'Empire.

été bouleversées : désormais les juridictions administratives ont présenté les mêmes garanties que les juridictions judiciaires et elles ont été compétentes pour connaître de tous les litiges de droit administratif. Aucune considération d'ordre pratique ne s'est donc plus opposée à une extension de la notion d'administration de puissance publique : le plaideur trouvera toujours un juge et un juge en qui il peut avoir confiance.

C'est ainsi qu'un jugement récent de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a adopté la conception extensive de la puissance publique dans une affaire soulevant un problème de répartition des compétences juridictionnelles (33). En voici le passage essentiel : « Une activité de puissance publique n'est pas nécessairement une activité d'autorité. Il existe même des actes d'administration qui ne sont pas des actes d'autorité et qui ne sont pas régis par le droit privé (RGZ. 158, 257), notamment les actes dits de simple administration. Une telle activité de simple administration est justement exercée par une collectivité publique corporative (öffentliche Körperschaft) lorsque celle-ci fait parvenir à ses membres des suggestions et des recommandations. » Ainsi, comme en matière de responsabilité, la notion de puissance publique comprend à la fois la notion d'autorité et la notion de simple puissance publique ou de simple administration. Cette attitude compréhensive des tribunaux judiciaires permettra à la juridiction administrative de développer au maximum le contentieux qui lui revient.

§ 2. — La transformation de la notion d'administration de gestion.

En droit français la notion d'administration de gestion a cédé la place à celle d'administration de gestion privée : les cas de gestion publique ont cessé d'être regardés comme des exceptions et ont été justifiées par la nouvelle théorie, celle du service public. La notion de gestion privée a ainsi gagné en homogénéité et elle a été précisée par Romieu, commissaire du gouvernement lors de l'affaire Terrier (34) dans les termes que voici : « Cette distinction entre ce qu'on a appelé la gestion publique et la gestion privée peut se faire, soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier. Le service peut, en effet, tout en

(33) Bundesgerichtshof, 30.11.1955, in NJW. 1956, 711 ; B C H. L. M. Nr. 29 Z P O. § 549 ; D V B l. 1956, 454.

(34) C.E. 6 février 1903 ; *Rec.*, p. 94 ; S. 1903.3.25, note HAURIU, D. 1904.3.65.

intéressant une personne publique, ne concerner que la gestion de son domaine privé : on considère dans ce cas que la personne publique agit comme une personne privée, comme un propriétaire, dans les conditions du droit commun... D'autre part, il peut se faire que l'administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions d'un particulier. » Ainsi selon Romieu, il n'y avait que deux types de gestion privée : la gestion du domaine privé et les actes isolés de gestion privée. Mais avec le déclin de la concession de service public et la multiplication des régies industrielles ou commerciales, un troisième type de gestion privée est apparu : les activités des services publics à gestion privée (35). Ce nouveau type de gestion privée se distingue des actes isolés de gestion privée en ce que la soumission au droit privé concerne l'ensemble d'un service et se distingue de la gestion du domaine privé en ce que la soumission au droit privé concerne une activité d'intérêt général, une activité spécifiquement administrative.

En droit allemand, la notion d'administration de gestion (ou de gestion privée : les deux expressions ont toujours été synonymes) comportait également deux cas principaux : d'une part, les « opérations isolées présentant un caractère d'économie privée » (36), c'est-à-dire les actes isolés de gestion privée ; d'autre part, les cas où l'Etat « pour toute une branche de son activité prend nettement la situation d'un entrepreneur privé » ; ce sont les cas d'« administration domaniale » (fiskalische Verwaltung) (37). Cette distinction bipartite est toujours valable.

Cependant, la notion d'administration domaniale s'est profondément transformée. Primitivement, elle correspondait seulement aux activités productrices de revenus (ertragswirtschaftlich) de l'Etat. Mais celles-ci étaient entendues au sens large. Elles ne consistaient pas seulement dans la gestion du patrimoine de l'Etat ; elles comprenaient également les activités des établissements publics fournissant aux usagers des prestations contre rémunération. Le problème du régime juridique de ces dernières s'est posé beaucoup plus tôt en

(35) De l'arrêt Société commerciale de l'Ouest africain (T.C. 22 janvier 1921 ; *Rec.*, p. 91 ; S. 1924.3.34 et D. 1921.3.1) à l'arrêt Naliato (T.C. 22 janvier 1955 ; D. 1956, 58 note EISENMANN) les services publics à gestion privée ne comportaient qu'une seule catégorie : les services publics industriels et commerciaux. Depuis l'arrêt Naliato sont venus s'y ajouter certains services sociaux.

(36) O. MAYER, éd. fse, I, p. 182.

(37) O. MAYER, éd. fse, I, pp. 181 et 182.

Allemagne qu'en France car le procédé de la concession de service public n'y avait pris qu'un faible développement. Une solution a été alors trouvée dans cette idée que l'administration n'assumait pas dans ce cas des tâches spécifiquement étatiques, mais poursuivait des fins purement commerciales.

Mais l'administration a de plus en plus multiplié ses fournitures de prestations au public et elle a, à cette occasion, recouru très largement aux formes du droit privé. De surcroît, elle a considéré que son intervention était imposée par des considérations d'intérêt général et elle a renoncé à réaliser des bénéfices. Dans ces conditions, la conception ancienne de l'administration domaniale (*fiskalische Verwaltung*) devenait inadéquate et désuète et elle s'éloignait des réalités administratives.

La jurisprudence a tenu compte de cette transformation et, aujourd'hui, elle ne fait plus de l'intention de réaliser des bénéfices le critère d'application du droit privé ; elle se borne à analyser l'aménagement des rapports de droit entre le public et l'administration.

De plus, elle ne parle jamais plus dans ces hypothèses d'administration domaniale, sans ajouter que l'expression est entendue au sens large et même, le plus souvent, elle évite purement et simplement de parler d'administration domaniale. Certains auteurs allemands vont plus loin et proposent l'expression d'administration publique dans les formes du droit privé (*öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen*) (38). Ainsi, le professeur Forsthoff écrit : « Il en résulte qu'une ligne très précise doit séparer les diverses activités économiques de l'administration : on doit distinguer nettement les activités « domaniales » tendant à procurer des revenus et celles par lesquelles les entreprises industrielles de l'administration publique fournissent les prestations indispensables à la vie sociale. Seules les dernières appartiennent au droit public, mais elles y appartiennent toujours, c'est-à-dire même lorsqu'elles sont exploitées dans les formes du droit privé. » Cette nouvelle distinction traduit l'ampleur de la transformation qu'a subie la notion d'administration de gestion.

CONCLUSION

Ainsi les deux notions allemandes d'administration d'autorité et d'administration de gestion se sont l'une et l'autre considérablement modifiées. L'idée d'agissement autoritaire qui était incluse dans la

(38) FORSTHOFF, I, 6^e éd. p. 307 ; HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., I, p. 54 ; BENDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^e éd. p. 69 ; WOLFF (H.J.), *Verwaltungsrecht*, I, pp. 73 et 74. Voir surtout SIEBERT (Wolfgang), « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung » in *Festschrift für Niedermeyer*.

première notion s'est atténuée ; celle d'agissement commercial qui était incluse dans la seconde s'est effacée.

Cette évolution ne s'est pas développée de façon uniforme. Tandis que la théorie des actes isolés de gestion privée restait à l'écart de ce mouvement, la théorie de l'administration de puissance publique évoluait plus rapidement en matière de responsabilité qu'en matière de répartition des compétences.

Ces transformations ont été provoquées principalement par le développement des activités par lesquelles l'Etat fournit des prestations essentielles à la vie sociale. La démonstration du professeur Forsthoff mérite à cet égard d'être citée. Il écrit : « La distinction traditionnelle entre l'administration de puissance publique et les activités industrielles et commerciales (c'est-à-dire, dans la terminologie ancienne, les activités domaniales) traduit une opposition qui n'a pas de sens lorsque l'administration fournit au public des prestations présentant un intérêt vital. Ni la caractéristique de l'administration de puissance publique, le pouvoir de contrainte, ni celle de l'activité industrielle et commerciale, l'intention de gain, ne représente l'essentiel. Car lorsque les rapports entre l'administration et les prestataires sont aménagés selon le droit public, ils ne sont en aucune façon de simples rapports de contrainte, et des préoccupations de gain, par ailleurs, étrangères à l'administration de puissance publique, peuvent très bien s'y combiner. D'un autre côté, l'intention d'obtenir un profit, qui caractérise généralement l'activité industrielle et commerciale de l'Etat en tant que telle, n'est nullement décisive pour que les rapports entre l'administration et le prestataire soient régis par le droit privé. En effet, indépendamment de tout souci financier, la fourniture de prestations essentielles à la vie est une tâche publique et nécessaire qui incombe aux Etats modernes et qui ne dépend plus du bon vouloir de l'administration. »

*
**

De cette étude on peut dégager quatre grandes théories jurisprudentielles. En effet, chacune des deux notions, celle d'administration d'autorité et celle d'administration de gestion a donné naissance à deux théories. D'une part, la notion d'administration d'autorité s'est développée dans deux cadres différents, celui de la délimitation du domaine de la responsabilité publique et celui de la détermination des cas d'incompétence des tribunaux civils (avant 1945) ou des cas de compétence des tribunaux administratifs (après 1945). D'autre part, la notion d'administration de gestion s'est scindée en deux notions distinctes : celle des actes isolés de gestion privée qui est

demeurée semblable à elle-même et celle des activités « domaniales » (fiskalisch) de l'administration qui est devenue celle des activités que l'administration exerce dans le cadre du droit privé.

Ces quatre grandes masses jurisprudentielles sont apparues à des époques différentes. La théorie des actes isolés de gestion privée et celle des activités de l'administration dans le cadre du droit privé remontent toutes deux à la vénérable théorie du Domaine (Fiskus). Mais elles ont inégalement évolué : tandis que la première a conservé la plupart de ses éléments anciens, la seconde s'est profondément renouvelée et apparaît sensiblement plus neuve. La théorie des activités de puissance publique, source de responsabilité, ne date que de la naissance du droit de la responsabilité publique, c'est-à-dire des années 1900-1910. Enfin, une véritable théorie des actes et rapports juridiques relevant de la juridiction administrative n'a pu s'édifier avant l'apparition d'une clause générale de compétence des tribunaux administratifs, c'est-à-dire pratiquement avant 1945. A chacune de ces théories jurisprudentielles, rangées ainsi dans un ordre chronologique, sera consacré un chapitre.

CHAPITRE VII

LES ACTES ISOLÉS DE GESTION PRIVÉE

Lorsque « l'administration, tout en agissant non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions d'un particulier » (1), elle accomplit ce que nous avons appelé des actes de gestion privée.

Contrairement à la doctrine française traditionnelle, les contrats de droit commun conclus par l'administration ne sont pas, selon nous, les seuls actes de gestion privée qui soient accessoires à l'activité d'un service public. Il faut y adjoindre les actes par lesquels l'administration gère les dépendances du domaine privé utilisées par les services publics.

De même pour l'étude du droit allemand, nous ne rangeons pas seulement parmi les actes isolés de gestion privée les contrats de droit commun conclus par l'administration ; nous y rangeons aussi les actes de gestion des « choses publiques » (öffentliche Sachen). Ces derniers présentent même une telle importance en droit allemand que nous les étudierons en premier lieu. Ensuite nous présenterons les divers contrats privés conclus par l'administration.

(1) Romieu dans les conclusions rendues sur l'affaire Terrier jugée par le Conseil d'Etat le 6 février 1903 (*Rec.*, p. 94 ; S. 1903.3.25, note HAURIU ; D. 1904.3.65).

SECTION PREMIÈRE

LA GESTION DES CHOSES PUBLIQUES

BIBLIOGRAPHIE : FLEINER, *Droit administratif allemand*, trad. EISENMANN, 1933, pp. 216 à 234. — JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, pp. 500 à 513. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 309-337. — WOLFF (Hans.J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, pp. 240 et 263. — MAUNZ (Th.), *Das Recht der öffentlichen Sachen*, 1951, cahier 22 de la collection « Die Verwaltung » dirigée par le professeur Friedrich GIESE.

On trouve aussi des exposés succincts de la question dans : TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1956, pp. 149 à 162 et BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, pp. 131 à 139.

Après avoir exposé la théorie générale des choses publiques, nous étudierons plus particulièrement les problèmes propres aux biens affectés directement à l'usage du public.

§ 1. — La théorie des choses publiques (öffentliche Sachen).

I. — LA NOTION DE CHOSE PUBLIQUE.

En droit allemand, une chose publique est une chose que l'administration utilise dans l'accomplissement de ses tâches de puissance publique. Tantôt ces choses sont mises directement à la disposition du public ; il en est ainsi des chemins et voies publics, des places, des parcs, des voies d'eau, du rivage de la mer, etc. ; elles sont appelées choses à usage commun (Sachen im Gemeingebrauch). Tantôt ces choses sont mises à la disposition du public dans le cadre d'un établissement public ; il en est ainsi des écoles, des hôpitaux, des bureaux de poste, des chemins de fer. Tantôt, l'administration utilise elle-même ces choses (bâtiments administratifs, équipements de bureau, fortifications et matériel de guerre).

L'ensemble de ces choses publiques constitue le patrimoine d'administration ou le patrimoine administratif (Verwaltungsvermögen) (2). Il s'oppose au patrimoine financier (Finanzvermögen) au moyen

(2) Nous suivons la terminologie employée par le professeur FORSTHOFF. — Certains auteurs, notamment H.J. WOLFF, Th. MAUNZ, VON TUREGG et BENDER, réservent l'expression « patrimoine administratif » (Verwaltungsvermögen) aux choses publiques qui ne sont pas à usage commun.

duquel l'administration exerce ses activités domaniales *stricto sensu* ; aussi l'étude du régime juridique de ce dernier n'intéresse pas la théorie des actes isolés de gestion privée (3).

La notion allemande de chose publique est ainsi beaucoup plus étendue que la notion française de domaine public. En effet, le domaine public se compose seulement des biens affectés à l'usage de tous et des biens adaptés spécialement aux services publics (4). Quant aux autres biens utilisés par les services publics, ils appartiennent au domaine privé.

II. — LE DROIT APPLICABLE AUX CHOSES PUBLIQUES.

En droit français, le régime des biens utilisés par l'administration est tantôt celui de la domanialité privée, tantôt celui de la domanialité publique.

En principe, la domanialité privée se caractérise par l'application exclusive du droit privé. Cette affirmation doit cependant être nuancée en raison de la théorie des affectations administratives du domaine privé, d'après laquelle les rapports entre la collectivité propriétaire et l'administration affectataire sont régis par le droit administratif (5).

De même, en principe, la domanialité publique se caractérise par l'application exclusive du droit public. Cette affirmation doit également être nuancée en raison de l'applicabilité de certaines règles du droit civil (notamment celles relatives aux effets accessoires de la propriété) et en raison de la faculté reconnue à l'administration d'exercer devant les tribunaux civils les actions possessoires et l'action en revendication. On peut même se demander si la théorie française du domaine public ne devrait pas être présentée comme celle d'une propriété privée grevée d'une affectation de droit public. Selon le professeur A. de Laubadère, qui défend pourtant la conception traditionnelle du domaine public, le régime de la domanialité publique ne consiste-t-il pas à « paralyser les conséquences habituelles de la propriété *ordinaire* dans tous les cas où elles seraient incompatibles avec l'affectation » (6).

Cette formule est, en effet, très proche de celles que l'on rencontre chez les auteurs allemands. Ainsi, selon le professeur Forsthoff, le régime juridique des choses publiques est dominé par le principe

(3) Voir le chapitre VIII, section I.

(4) Conseil d'Etat, 19 octobre 1956, Société Le Béton, conclusions LONG, D. 1956.J.681 et J.C.P. 1957.II.9765, note BLAEVOET.

(5) Voir H. BERTHÉLÉMY, *Droit administratif*, 11^e éd. 1926, pp. 583 et 584 et DUEZ et DEBEYRE, *Droit administratif*, 1952, pp. 809 et 810.

(6) A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 2^e éd. 1957, p. 718.

suivant : « Les droits privés sur la chose publique ne sont admissibles que dans la mesure où ils ne lèsent pas l'affectation de droit public de la chose. » (7) Or, unanimement, les juristes allemands en déduisent que si les choses publiques « sont régies en premier lieu par le droit public », « elles n'en demeurent pas moins l'objet du droit de propriété privée ; elles n'échappent pas en principe à l'empire du droit privé » (8). Ainsi le schéma théorique adopté est-il celui « d'une propriété modifiée » (9).

Il est vrai que cette explication théorique est absolument imposée par certaines particularités du droit positif allemand. Seule cette théorie permet, par exemple, d'inclure parmi les choses publiques certains biens (notamment des chemins et des rues) qui appartiennent à des particuliers et qui sont affectés à un but d'utilité générale (10) ; seule cette théorie permet de justifier la possibilité de transférer une chose publique à un particulier et la survie de l'affectation grevant la chose (11).

Mais surtout, cette théorie de la propriété privée grevée d'une affectation peut seule expliquer l'étendue du champ d'application du droit privé en la matière. En effet, dès que l'administration est considérée agir en qualité de propriétaire, et non plus en qualité d'autorité de police, elle est réputée agir dans les conditions du droit privé. Ainsi, pour les choses publiques utilisées par l'administration elle-même, le droit privé s'applique pratiquement toujours, à quelques exceptions près, telles les forteresses. Quant aux choses à usage commun, le droit civil leur est également très largement appliqué, comme nous le montrerons bientôt.

Ces considérations expliquent l'échec de la tentative d'Otto Mayer au début de ce siècle (12). L'éminent maître s'est efforcé d'introduire dans le droit allemand les conceptions françaises relatives au domaine public, notamment l'idée de propriété publique. Selon lui, les choses publiques doivent être soumises exclusivement au droit public ; les dispositions du Code civil allemand leur sont inapplicables. En effet, disait-il, la gestion des choses publiques s'inscrit dans le cadre des activités de puissance publique de l'administration. Ne pas lui appliquer les solutions du droit public, c'est manifester un attachement irraisonné à la théorie du Domaine (Fiskus) d'après laquelle tout

(7) FORSTHOFF, I, 6^e éd. 1956, p. 313.

(8) FORSTHOFF, I, 6^e éd. 1956, p. 310.

(9) WOLFF (H.J.), I, 1^{re} éd. 1956, p. 244.

(10) WOLFF (H.J.), I, 1^{re} éd. 1956, p. 245.

(11) FORSTHOFF, I, 6^e éd. 1956, p. 314.

(12) Voir l'exposé très complet de cette querelle dans FORSTHOFF, I, pp. 313 et suiv., note 1.

rapport de droit entre l'administration et ses administrés a une face de droit privé et une face de droit public. Otto Mayer n'obtint qu'un succès partiel et éphémère. Seules les législations badoise et wurtembergeoise relatives aux voies d'eau furent influencées au début de ce siècle par sa doctrine (13). Quant au Tribunal d'Empire (Reichsgericht), il ne l'a admise que pour les territoires régis par le Code civil napoléonien, à savoir l'Alsace-Lorraine jusqu'en 1918 et les territoires prussiens de la rive gauche du Rhin. Encore a-t-il abandonné totalement cette jurisprudence en 1931 (14). Dans sa forme absolue, la doctrine d'Otto Mayer n'a plus aujourd'hui de représentants.

Cependant certains juristes allemands estiment que la part faite au droit privé est trop grande et qu'il conviendrait de la réduire. Cette opinion s'est particulièrement manifestée au sujet du régime juridique des choses à usage commun.

§ 2. — La gestion des choses à usage commun. (Sachen im Gemeingebruch).

En droit allemand, l'administration est réputée agir en qualité de propriétaire et dans les formes du droit privé, à la fois, lorsqu'elle effectue des travaux sur les choses à usage commun et lorsqu'elle autorise un particulier à les utiliser à titre privatif.

I. — LES TRAVAUX RELATIFS AUX CHOSES A USAGE COMMUN.

Ce qui frappe tout d'abord le juriste français, c'est l'absence de toute théorie des travaux publics. A vrai dire, il n'y a pas lieu de s'en étonner. L'existence d'une telle théorie en droit français ne s'explique-t-elle pas principalement par l'histoire ? Elle n'aurait probablement pas vu le jour si la loi du 28 pluviôse an VIII n'avait disposé : « Le conseil de préfecture prononcera : ... Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ; sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages du fait de l'administration. »

(13) Loi badoise du 26 juin 1899 et loi wurtembourgeoise du 1^{er} février 1900 citées par FORSTHOFF, *ibidem*.

(14) Jugement du 1^{er} octobre 1912 (R G Z. 80, 123) et jugement du 2 février 1931 (R G Z. 131, 264) ; cités par FORSTOFF, *ibidem*. Voir aussi FLEINER, trad. EISENMANN, p. 219.

En Allemagne, en l'absence de texte semblable, on a considéré que l'administration se comportait en propriétaire lorsqu'elle faisait effectuer des travaux sur ses biens. Il n'y a donc pas de théorie des contrats de travaux publics, ni de théorie des dommages de travaux publics (15).

De fait, tous les contrats que l'administration allemande conclut avec des entrepreneurs pour la construction, l'aménagement ou l'entretien d'une chose à usage commun, notamment d'une voie publique, sont des contrats de droit commun. Cette proposition apparaît tellement évidente aux juristes allemands qu'elle ne se trouve explicitée nulle part (16) ; elle est d'ailleurs en harmonie avec l'ensemble des conceptions allemandes relatives au contrat (voir la section II de ce chapitre).

Quant à l'indemnisation des dommages causés par le mauvais entretien d'une chose à usage commun, la nature du droit applicable est encore l'objet de vives polémiques entre la doctrine et la jurisprudence civile.

A l'époque de Weimar, la polémique a opposé Hofacker à l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) (17). Elle résultait alors du heurt entre deux conceptions de l'entretien des choses à usage commun. Selon l'une, l'administration agit en qualité de propriétaire et c'est pourquoi la responsabilité ne peut être que la responsabilité du fait des immeubles de l'article 836 du Code civil (thèse de la jurisprudence judiciaire) (18). Selon l'autre, l'administration agit en tant que puissance publique et sa responsabilité ne saurait être engagée que selon les règles du droit public (thèse de la doctrine publiciste).

Depuis 1945, la polémique a rebondi. Elle oppose aujourd'hui le professeur Forsthoff à la Cour fédérale (Bundesgerichtshof).

Fidèle à la jurisprudence de l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht), la Cour persiste à penser que la responsabilité de l'admi-

(15) ERICH KAUFMANN a mis en lumière le particularisme de la théorie française des travaux publics dans son article « Verwaltung, Verwaltungsrecht » paru dans le *Dictionnaire de droit public et de droit administratif allemands (Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts)* de STENGEL et FLEISCHMANN, 2^e édition, 1914, tome 3, p. 688, § 15.

(16) Voir cependant FLEINER, trad. EISENMANN, p. 132, note 5.

(17) HOFACKER, « Die Verkehrssicherungspflicht 1929 » ; RGZ. 54, 539 ; 68, 358 ; 89, 136 ; 106, 342 cités par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 331, note 1.

(18) § 836 du Code civil allemand (BGB) : « Si par la chute d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage dépendant d'un fonds, ou par le détachement de parties isolées du bâtiment ou de l'ouvrage, un homme a été tué, ou son corps ou sa santé lésés, ou une chose endommagée, le possesseur du fonds est tenu de réparer le dommage, dans la mesure où la chute ou le détachement est la suite d'un vice de construction ou d'un entretien défectueux. L'obligation de réparer le dommage n'incombe pas au possesseur qui a pris les soins exigés selon les usages pour écarter le danger. » Comparer avec le § 1386 du Code civil français.

nistration doit être appréciée dans une telle hypothèse selon les règles du droit privé (19). Mais l'argumentation a été modifiée et s'est faite plus nuancée ; conformément à la doctrine publiciste, elle admet bien que l'entretien des voies publiques constitue une activité de puissance publique et que l'obligation de l'assurer est une obligation de droit public. Mais, déclare-t-elle, une autre obligation incombe également à l'administration : l'obligation dite de sécurité (*Verkehrssicherungspflicht*) qui est tirée du paragraphe 836 du Code civil relatif à la responsabilité du fait des immeubles. En effet, « comme le fondement de cette responsabilité réside moins dans les droits du maître de la chose que dans l'existence même des risques que fait courir la chose, il serait véritablement incompréhensible, selon l'expression du Tribunal d'Empire, que, sur le plan juridique, il doive être distingué entre le cas où une personne privée répond en qualité de propriétaire foncier pour le dommage résultant d'un manquement à son obligation de sécurité et le cas où une collectivité publique doit répondre pour le dommage résultant d'un manquement à son obligation de sécurité relative à une voie publique. Il s'agit dans les deux cas d'une responsabilité délictuelle, c'est-à-dire d'une responsabilité de droit privé ».

Le professeur Forsthoff a reproché à cette argumentation, pour le moins subtile, le manque de rigueur logique. Selon lui, le fait que le dommage trouve sa source dans la réalisation d'un risque ne dispense pas la Cour de tenir compte du caractère de puissance publique de l'activité dans le cadre de laquelle le dommage est causé. D'ailleurs, comme le reconnaît la Cour elle-même, le paragraphe 836 du Code civil n'institue pas une responsabilité pour risque, mais seulement une responsabilité pour faute assortie d'une présomption de faute à la charge du possesseur de l'immeuble (20).

Quoi qu'il en soit, selon la jurisprudence actuelle de la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*), la responsabilité de l'administration pour les dommages causés par le mauvais entretien des choses à usage commun demeure une responsabilité de droit privé. Il ne

(19) La décision de principe est celle du 30 avril 1953 (BGHZ. 9.273 ; NJW. 1953, 1297) ; elle est relative à une action en responsabilité intentée par un batelier dont la péniche a heurté les ruines d'un pont qui avait sauté à la fin de la guerre. Voir aussi plusieurs décisions relatives à des dommages causés par le mauvais entretien de voies terrestres : BGHZ. 14, 83 ; NJW. 1954, 1403 et BGHZ. 16, 95 ; NJW. 1955, 298.

(20) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 332. Noter que l'argumentation primitive des tribunaux ordinaires est encore employée par les juridictions inférieures ; voir la décision du tribunal supérieur de la navigation sur le Rhin (*Oberlandesgericht Köln*) du 22 mai 1951 parue dans DVBl. 1952, 177 et commentée par le professeur FORSTHOFF dans DVBl. 1952, 165.

semble pas d'ailleurs qu'un revirement de jurisprudence se produise prochainement ; l'idée que l'administration se trouve en tant que propriétaire dans une situation de droit privé demeure en effet très vivace en Allemagne.

Le régime juridique des utilisations privatives des choses à usage commun illustre également cette tradition.

II. — LES UTILISATIONS PRIVATIVES DES CHOSSES À USAGE COMMUN (DIE SONDERNUTZUNGEN DER SACHEN IM GEMEINGEBRAUCH)

En droit français, les occupations privatives du domaine public doivent être autorisées par l'administration et donner lieu à la perception d'une redevance. L'autorisation peut être délivrée unilatéralement et à titre précaire : c'est la permission de voirie qui est un acte administratif. Elle peut également faire l'objet d'une convention conclue entre l'administration et l'occupant ; c'est la concession de voirie. Autrefois, tandis que la permission de voirie entraînait toujours l'application exclusive du droit public, la concession de voirie était considérée par la jurisprudence tantôt comme une convention de droit privé, tantôt comme un contrat administratif. Mais le décret-loi du 17 juin 1938 a attribué compétence exclusive aux Conseils de préfecture pour connaître des contrats comportant occupation du domaine public et, depuis lors, toutes les concessions de voirie sont considérées par la jurisprudence comme des contrats administratifs. Ainsi, dans le droit français actuel, le régime juridique des utilisations privatives est exclusivement de droit public.

Les solutions allemandes sont sensiblement plus complexes. Elles se caractérisent par un régime juridique mixte. Selon la jurisprudence du Tribunal d'Empire, l'occupation privative doit faire l'objet de deux autorisations administratives bien distinctes : l'une émanant de l'autorité de police (Polizeibehörde), l'autre de la collectivité publique propriétaire.

La première autorisation est délivrée sur le plan du droit public et constitue un acte d'administration. Généralement, lorsque l'occupation ne comporte pas une emprise ou une modification de la voie publique, l'autorisation est révocable à tout instant ; elle est alors appelée permis d'utilisation (Gebrauchserlaubnis). Lorsque l'occupation comporte, au contraire, une emprise ou une modification, l'autorisation est délivrée pour une longue durée et à titre irrévocable, elle est alors appelée concession d'usage (Nutzungsverleihung).

Cette autorisation de police ne suffit pas. En effet, selon le Tribunal d'Empire (Reichsgericht), la collectivité publique propriétaire n'est pas tenue de tolérer les utilisations de la voie publique qui

excèdent l'usage commun, aussi bien celles qui font l'objet d'un simple permis d'utilisation que celles qui font l'objet d'une concession d'usage. Dans les deux cas, la collectivité publique propriétaire doit donner son assentiment et elle peut le subordonner au paiement d'une redevance. Or, comme la collectivité agit dans ce cas en qualité de propriétaire et cède une prérogative dérivant de son droit de propriété privée, le contrat qui est conclu ou censé avoir été conclu entre les deux parties est soumis aux règles du droit commun. Les litiges qui en résultent sont portés devant les tribunaux civils. Cette conclusion est d'autant plus importante que bien souvent l'autorité de police et la collectivité propriétaire sont une seule et même personne et que l'autorisation de police est incluse dans la convention.

Malgré certaines critiques de la doctrine, relatives à la nécessité d'une autorisation de la collectivité propriétaire dans les cas de permis d'utilisation, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) a maintenu la jurisprudence du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) dans les deux cas d'utilisation privative (Sondernutzung).

Dans le premier cas, celui du permis d'utilisation, un jugement du 18 novembre 1955 reste fidèle aux solutions traditionnelles (21). En l'espèce, il s'agissait d'un marchand de tabac et de bonbons qui exerçait son commerce depuis des années dans un stand situé sur le trottoir d'une rue de Berlin. Le stand consistait en une voiture à quatre roues, dont deux se trouvaient profondément enfoncées dans le sol et dont les deux autres avaient été retirées ; la voiture avait ainsi perdu depuis longtemps toute mobilité. Le 28 mai 1952, le marchand ambulant avait obtenu des autorités de police le permis d'utilisation (Gebrauchserlaubnis) nécessaire et la collectivité propriétaire, la ville de Berlin avait de son côté donné son consentement contre le paiement d'une redevance mensuelle de 6 marks (6NF.). Le 9 mars 1953, le Sénat de la ville de Berlin décida de relever le taux des redevances proportionnellement au montant du chiffre d'affaires de chaque commerçant ambulant. Lors du renouvellement de l'autorisation délivrée par la ville, le 10 avril 1954, l'augmentation du taux de la redevance (de 6 à 74 marks par mois) fut notifiée au marchand. Celui-ci porta plainte devant les tribunaux civils ; il prétendit tout d'abord qu'il ne devait aucune redevance, parce que le stationnement d'une voiture sur un trottoir n'excédait pas l'usage commun d'une voie publique, puis il soutint qu'il ne devait payer de toute façon que 6 marks par mois. L'affaire est allée jusque

(21) BGHZ. 19, 85 ; NJW. 1956, 104 (articles de NEDDEN sur cette question aux pages 81 et 469) ; BGH. LM. § 13 GVG. Nr 40.

devant la Cour fédérale. Celle-ci a confirmé en premier lieu la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître de telles affaires, en relevant simplement que la ville de Berlin invoque sa qualité de propriétaire. Puis elle donne les précisions suivantes : l'utilisation privative de la voie publique débordait en l'espèce le cadre de l'usage commun (*Gemeingebrauch*) ; l'autorisation de la collectivité publique propriétaire était donc nécessaire et elle pouvait être délivrée contre le paiement d'une redevance. Enfin, elle pouvait faire l'objet d'un contrat de droit civil entre les deux parties et, en l'espèce, un tel contrat a bien été conclu.

Cette jurisprudence suscite des réserves parmi les représentants les plus éminents de la doctrine (22). Selon eux, le permis d'utilisation (*Gebrauchserlaubnis*) n'impose pas à la collectivité propriétaire une charge excédant l'affectation de la chose. Son bénéficiaire n'a donc pas à obtenir l'assentiment de la collectivité propriétaire, ni à lui verser une redevance, ni par conséquent, à conclure un contrat civil avec elle. L'autorisation des autorités de police de la voie suffit.

En revanche, lorsque l'utilisation privative repose sur une concession d'usage (*Nutzungsverleihung*), jurisprudence et doctrine sont unanimes à reconnaître la nécessité d'un accord de la collectivité propriétaire et à admettre la nature de droit privé du contrat qui le constate (23).

Un jugement du 22 novembre 1954 de la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*) a appliqué ces conceptions à un « contrat de concession » (*Konzessionsvertrag*) qui avait été conclu entre une commune et une entreprise de distribution d'électricité (24). La concession avait été consentie en 1937 pour 30 ans. La ville permettait à l'entreprise d'installer ses canalisations dans le sous-sol des voies publiques et elle s'engageait à ne jamais délivrer d'autre concession et à n'entreprendre elle-même aucune activité de ce genre. En contrepartie, l'entreprise contractante promettait de verser à la commune une certaine redevance et de satisfaire les besoins en électricité de tous les habitants de la commune. Or, en 1943, un arrêté du commissaire d'Empire pour les prix a interdit aux communes de moins de 3.000 habitants de percevoir de telles redevances. Depuis cette date, l'entreprise concessionnaire a cessé ses paiements. Après la guerre,

(22) FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 328 ; WOLFF, I, 1^{re} éd., p. 260.

(23) Voir cependant l'opinion dissidente du professeur E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., I, pp. 58, 589 à 592.

(24) B G H Z. 15, 113 ; N J W. 1955, 104 ; B B. 1954, 1081. — Voir aussi *Oberlandesgericht Oldenburg*, 13 novembre 1953, in D V Bl. 1954, 87.

la commune a invoqué la nullité de l'arrêté et exigé le paiement des redevances dues. L'affaire est allée jusque devant la Cour fédérale.

A cette occasion, le haut tribunal a confirmé la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître des litiges portant sur les redevances dues par le titulaire d'une concession d'usage (*Nutzungsverleihung*). Voici le passage essentiel du jugement: « Il s'agit d'un litige civil parce que la somme est réclamée à l'entreprise par la commune en qualité de personne privée, pour l'utilisation du sous-sol des voies publiques et pour la garantie de monopole autrement dit, parce que la demande est fondée sur un contrat dans lequel les deux parties se trouvent sur un pied d'égalité. De fait, la plaignante (la commune) a agi non pas en tant que puissance publique, mais en qualité de propriétaire des voies concédées. Le droit d'utilisation privative de l'entreprise est, en effet, un droit d'usage découlant directement du droit de propriété de la commune. La redevance est réclamée par la commune en sa qualité de propriétaire, non pas en sa qualité de maître de la voie publique. »

La première réaction du juriste français devant cette jurisprudence est l'étonnement. En effet, ces conventions annexes aux concessions d'usage (*Nutzungsverleihung*) constituent généralement de véritables concessions de service public; en plus de la redevance, d'autres conditions d'intérêt général sont imposées au concessionnaire. En France, la concession de service public est l'une des institutions les plus typiques du droit administratif. Pourquoi ont-elles en Allemagne un statut de pur droit privé? Seule la connaissance de l'histoire administrative permet de répondre. Traditionnellement, l'administration française a été investie, en cette matière, d'importantes prérogatives de puissance publique; la plupart remontent à l'Ancien Régime et les théories du domaine public et des travaux publics les ont seulement consacrées. En Allemagne, l'administration de la voirie est restée longtemps dépourvue de prérogatives; la jurisprudence allemande a conservé l'habitude de voir dans son activité celle d'un propriétaire privé.

De même, comme le laisse présager cette jurisprudence, les solutions françaises relatives au régime juridique des contrats conclus par l'administration contrastent nettement avec les solutions allemandes et seule l'histoire permet de l'expliquer.

SECTION II

LES CONTRATS DE DROIT COMMUN
CONCLUS PAR L'ADMINISTRATION

BIBLIOGRAPHIE : Ouvrages généraux : FLEINER, *Droit administratif allemand*, trad. EISENMANN, 1933, pp. 132 à 135. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 239 à 247.

Monographies : APELT (W.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920. — JEDLICKA, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht*, thèse Zürich 1928.

On trouvera d'intéressantes indications dans : JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, p. 186. — BENDER, *Verwaltungsrecht* I, 2^e éd. 1956, pp. 125 et 126.

En droit français, la presque totalité des contrats conclus par l'administration le sont avec des particuliers; les contrats conclus entre deux collectivités publiques sont extrêmement rares (25). Cette particularité du droit français ne se retrouve pas en droit allemand. En effet, l'autonomie des collectivités locales y est beaucoup plus grande; elles peuvent s'entendre entre elles sans que les organes du pouvoir central aient à intervenir de façon décisive. Aussi devons-nous envisager successivement les contrats conclus par l'administration avec un particulier et les contrats conclus entre des collectivités publiques.

§ 1. — Les contrats conclus par l'administration
avec les particuliers.

En droit français, de tels contrats sont tantôt des contrats civils ou commerciaux, tantôt des contrats administratifs soustraits aux règles du droit commun.

L'existence de ces contrats administratifs trouve son explication dans les lois de l'époque napoléonienne. En effet, les juristes français du XIX^e siècle n'auraient jamais imaginé des contrats régis exclusivement par le droit public, si des textes législatifs n'avaient attribué expressément aux juridictions administratives le contentieux des mar-

(25) Pour notre part, nous ne connaissons qu'un seul arrêt du Conseil d'Etat concernant une telle hypothèse : 20 janvier 1899, Administration des Pompes funèbres de Paris contre Ville de Paris, S. 1899, III, 113, note HAURIU, et quelques décisions judiciaires concernant des contrats relatifs à la gestion de leur domaine privé.

chés de travaux publics et celui des marchés de fournitures de l'Etat (95). A la fin du XIX^e siècle, Edouard Laferrière déclarait encore que tous les contrats conclus par les personnes publiques étaient des actes de gestion, c'est-à-dire des actes régis par le droit privé et soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires; seuls échappaient à cette règle les contrats dont le contentieux était attribué par la loi à la juridiction administrative (27).

Pourtant, dès le XIX^e siècle, les contrats qui relevaient des juridictions administratives avaient été soumis par elles à un droit propre, foncièrement différent du droit commun; seules les ventes d'immeubles de l'Etat étaient demeurées régies par le droit civil, quoique leur contentieux appartint aux Conseil de préfecture. C'est l'existence de ce droit spécial à certains contrats de l'administration qui devait progressivement faire apparaître l'idée de contrat administratif par nature. Cette idée fit timidement son apparition dans l'ouvrage d'Edouard Laferrière sur la juridiction administrative (28).

Dans ses célèbres conclusions sur l'affaire Terrier (29), Romieu l'introduisit dans la jurisprudence en posant le principe suivant : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, soit que l'administration agisse *par voie de contrat*, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative. » A ces contrats administratifs par nature, Romieu opposa les contrats de droit commun conclus par l'administration : « Il peut se faire que l'administration, tout en agissant non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les

(26) Loi 28 pluviôse an VIII ; D. 11 juin 1806.

(27) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. 1896, p. 587.

(28) Citons, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. pp. 587 et 588 :

« On peut formuler les règles suivantes : 1^o Lorsque l'administration agit pour la gestion de son domaine privé, c'est-à-dire des biens productifs de revenus qu'elle possède comme personne civile, les conventions qu'elle passe sont des contrats de droit commun du ressort des tribunaux judiciaires, à moins d'exceptions spécialement prévues par la loi. Ces exceptions sont rares et la jurisprudence répugne à les étendre ; 2^o Lorsque l'administration agit pour la gestion des services publics, c'est encore l'autorité judiciaire qui est compétente en principe et sous réserve des exceptions légales ; mais ces exceptions sont nombreuses, elles peuvent résulter de dispositions générales de la loi aussi bien que de dispositions spéciales, et la jurisprudence se refuse moins à les étendre par voie d'analogie. »

(29) C.E. 6 février 1903 in *Rec.*, p. 94 ; S. 1903.3.25, note HAURIU ; D. 1904.3.65. Noter que l'apparition de la notion de contrat administratif par nature coïncide avec l'avènement de la notion de service public.

conditions du droit privé. » Ainsi est née la théorie de la gestion privée contractuelle.

Depuis le début du ^{xx}^e siècle, l'administration française, qui désire contracter avec un particulier, dispose donc de deux types de contrat, le contrat de droit commun et le contrat administratif. Aucun des deux types ne revêt un caractère exceptionnel; aussi, le problème de leur distinction est-il souvent très délicat.

En droit allemand, ce problème ne se pose pas, parce qu'en principe tous les contrats conclus par l'administration avec un particulier sont des contrats du droit commun. Les développements que nous venons de consacrer à l'origine historique des contrats administratifs français permettent de le comprendre aisément.

En Allemagne, les tribunaux civils n'ont jamais hésité à trancher les litiges portant sur les contrats de l'administration; en concluant un marché, l'Etat n'agit-il pas comme un simple particulier. Quant aux tribunaux administratifs, ils ne furent créés que pour juger les litiges que les tribunaux ordinaires se refusaient à trancher de crainte d'entrer en conflit avec les gouvernements; c'est pourquoi aucun texte législatif ne leur attribua le contentieux de certains marchés de l'administration. Faute de disposition expresse, tous les contrats conclus par l'administration avec des particuliers demeurèrent ainsi, comme par le passé, soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires et à l'empire du droit commun.

En revanche, comme d'ailleurs en France (30), certains actes d'administration pour la validité desquels le consentement de l'intéressé est nécessaire furent qualifiés de « contrats de droit public » (*öffentlich-rechtliche Verträge*) par la doctrine (31) et par les tribunaux ordinaires qui étaient alors compétents en vertu de la théorie du domaine (*Fiskus*) et de celle des litiges civils par analogie (32). L'exemple type était le « contrat de fonction publique ». Mais dans un article retentissant paru en 1888 (33), Otto Mayer démontra avec pertinence que ces actes n'avaient que l'apparence de contrats et qu'ils étaient en réalité des « actes d'administration à soumission ».

(30) Voir l'exposé critique de ces conceptions dans : E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd. 1896, I p. 604 ; M. HAURIU, *Droit administratif*, 11^e éd. 1927, pp. 589 à 597 ; H. BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 11^e éd. 1926, pp. 53 à 56.

(31) Notamment LABAND dans *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 5^e éd. 1911, I, p. 446.

(32) Voir les chapitres III et IV.

(33) « Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag » paru dans le tome 3, p. 1, de la revue *Archiv für öffentliches Recht* (A ö R).

(Verwaltungsakt auf Unterwerfung) (34). La querelle qui a alors éclaté entre partisans et adversaires de ces « contrats de droit public » s'est terminée à l'avantage de la thèse d'Otto Mayer (35).

Telles sont les origines du principe allemand d'après lequel tous les contrats conclus par l'administration avec des particuliers sont des contrats de droit privé. Ce principe ne subit que quelques exceptions négligeables prévues par des textes. Certaines lois autorisent en effet, l'administration à conclure avec un particulier des conventions modifiant ou aménageant les obligations de droit public qui pèsent sur lui. Doctrine et jurisprudence admettent que ces conventions constituent d'authentiques contrats de droit public. Les trois exemples principaux sont : les cessions amiables d'immeubles survenant au cours d'une procédure d'expropriation (36), les contrats conclus entre un occupant à titre privatif d'une voie publique et l'administration chargée de son entretien (37) et les forfaits conventionnels conclus en matière fiscale (38). Dans ces trois hypothèses, le contrat qui intervient porte sur une obligation préexistante de droit public pesant sur le particulier : obligation de l'exproprié de céder sa propriété contre paiement d'une indemnité, obligation du titulaire de la concession d'usage d'entretenir la voie publique, obligation du contribuable de payer ses impôts.

Les contrats de droit public sont si rares dans les rapports entre l'administration et les particuliers que la jurisprudence déduit bien souvent du caractère conventionnel d'une situation juridique donnée l'applicabilité du droit privé (39). Aussi, il ne nous est pas apparu nécessaire de présenter les différents contrats de droit commun conclus par l'administration avec les particuliers.

La règle est différente en ce qui concerne les contrats conclus entre deux collectivités publiques.

(34) Employant une terminologie plus moderne, le professeur FORSTHOFF les appelle « actes d'administration exigeant une coopération » (mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte). Voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., pp. 188 à 190.

(35) Dans la jurisprudence judiciaire, on trouve encore quelques traces de l'ancienne doctrine : la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) continue de penser que des contrats de droit public sont conclus entre la poste et ses usagers et fonde ainsi sa compétence sur la théorie des litiges civils par tradition. Voir, sur cette question, le chapitre X, section II.

(36) La loi prussienne sur l'expropriation du 11 juin 1874 §§ 16, 17, 26 ; loi bavarois du 17 novembre 1837, art. 26. Citées par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 242.

(37) Loi sur le transport terrestre des personnes du 4 décembre 1934, modifiée le 6 décembre 1937, § 15 ; citée par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 245.

(38) Loi prussienne sur les impôts communaux du 14 juillet 1893, § 5, citée par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 241.

(39) Nous en trouverons plusieurs exemples dans le chapitre suivant ; nous en avons déjà rencontré plusieurs à la section précédente.

§ 2. — Les contrats conclus entre deux ou plusieurs personnes publiques.

En droit français, de tels contrats, civils ou administratifs, sont extrêmement rares. En effet, en matière de coopération interdépartementale ou intercommunale, l'Etat central détient de tels pouvoirs de tutelle que les accords conclus entre les collectivités locales s'analysent généralement en des décisions émanant des organes du pouvoir central. Il en est ainsi aussi bien lorsque l'accord a pour objet l'organisation d'un service public que lorsqu'il porte sur le transfert d'une dépendance du domaine public (40). Dans la jurisprudence française, on ne rencontre guère de véritables contrats entre collectivités publiques qu'en matière de gestion du domaine privé (41). Dans les ouvrages de droit français, on ne trouve pas de théorie des contrats conclus entre deux ou plusieurs personnes publiques.

A cet égard, la situation est très différente en droit allemand. L'autonomie des collectivités territoriales et corporatives est beaucoup plus développée et la tutelle de l'Etat central beaucoup moins étroite. Aussi les juristes allemands n'analysent-ils pas les accords conclus entre ces diverses collectivités comme des décisions unilatérales émanant du pouvoir central; ils admettent l'existence de véritables contrats.

Ces contrats sont tantôt des contrats de droit public, tantôt des contrats de droit privé.

Dans les rapports entre collectivités publiques, le contrat de droit public n'est nullement une figure juridique exceptionnelle. Nous présenterons les principaux exemples de contrats administratifs, lorsque nous étudierons les actes et les rapports de droit relevant de la juridiction administrative (chapitre X). Précisons seulement la notion : un contrat de droit public est un contrat conclu entre deux collectivités publiques et tendant à organiser ensemble une activité de puissance publique (42). L'exemple type est celui de la convention par laquelle deux communes s'entendent pour construire ensemble un hôpital pour leurs habitants.

(40) Les syndicats de communes ne sont jamais analysés par la doctrine comme reposant sur un contrat de droit public; les mutations domaniales par changement d'affectation sont toujours prononcées autoritairement par l'Etat.

(41) Ces contrats sont d'ailleurs des contrats de droit commun. Un exemple en est fourni par le célèbre arrêt du Tribunal des conflits du 4 juin 1910 « Cie d'assurances Le Soleil », *Rec.*, p. 446; RDP. 1910, p. 474, note G. JÈZE.

(42) Cette définition nous conduit à nous demander si l'expression « öffentlich-rechtlicher Vertrag » ne serait pas mieux traduite par celle de traité de droit public. Les traités de droit international ne s'appellent-ils pas « Völkerrechtliche Verträge » ?

Cependant, même dans les rapports entre collectivités publiques, les contrats de droit privé demeurent fréquents. En principe, ce sont seulement les contrats portant sur des questions d'ordre patrimonial et correspondant aux préoccupations « domaniales » (fiskalisch) des collectivités. Mais l'étude de la jurisprudence civile montre qu'elle admet très aisément le caractère privé des contrats conclus entre deux collectivités.

A cet égard, deux décisions de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) méritent d'être citées. Dans un jugement du 13 juin 1952, la convention conclue entre une commune et une collectivité ecclésiastique et relative à la liquidation du patrimoine affecté à un service commun a été considéré comme un contrat de droit civil (43).

Dans un jugement rendu le 2 février 1952, la Cour fédérale a admis le caractère privé de la convention par laquelle deux communes se partageaient l'ensemble des droits et impôts communaux portant sur la production et l'exploitation de l'usine hydro-électrique installée sur leurs territoires (44). Elle s'est fondée sur le fait que le contrat portait sur le produit des impôts et donc sur une dette d'argent, et non pas sur les droits de lever l'impôt. Selon le professeur Forsthoff (45), cette décision semble encore influencée, au moins inconsciemment, par l'antique théorie du Domaine (Fiskus) : le caractère financier de la convention semble en effet jouer un rôle prépondérant dans l'argumentation de la Cour.

Ces exemples montrent que même les contrats conclus entre deux collectivités publiques sont très souvent des contrats de droit commun. C'est dans cette mesure qu'ils méritent d'être rangés parmi les actes isolés de gestion privée.

CONCLUSION DU CHAPITRE

En France et en Allemagne, propriété et contrat sont les deux institutions principales du droit civil. A leur sujet, se manifeste l'opposition des traditions juridiques des deux pays. En France, l'ancienneté de l'administration et de son droit a permis à la juridiction administrative d'imaginer deux institutions qui leur fassent la réplique : le domaine public et le contrat administratif. En Allemagne, les deux institutions du droit civil n'ont pas encore trouvé et ne trouveront peut-être jamais leurs répliques de droit public. Les notions de propriété et de contrat y demeureront peut-être toujours des notions essentiellement civilistes.

(43) B G H Z. 6, 296 ; N J W. 1952, 1137 (sommaires).

(44) B G H. L M. § 13 G V G. Nr 7 ; D V E l. 1953, 118 ; Verw. Rspr. 4, 838.

(45) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 244.

CHAPITRE VIII

LES ACTIVITES DE L'ADMINISTRATION DANS LE CADRE DU DROIT PRIVE

En droit français, les activités que l'administration exerce dans le cadre du droit privé sont de deux types bien différents : la gestion du domaine privé et l'activité des services à gestion privée. Dans le premier cas, l'administration est censée se comporter en « propriétaire » et n'avoir que des préoccupations d'ordre patrimonial. Dans le second cas, l'administration est réputée assumer des tâches d'intérêt général et ne recourir aux formes du droit privé que pour des raisons d'opportunité. En droit allemand, nous retrouvons la même distinction : à la notion de domaine privé correspond celle du patrimoine financier (*Finanzvermögen*) ; à la notion de service public à gestion privée correspond celle d'établissement exerçant une activité de droit privé (*öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung*).

Cependant les origines de cette distinction ne sont pas les mêmes dans les deux pays (1). En France, la notion de domaine privé et celle de service public géré selon le droit privé sont deux notions étrangères l'une à l'autre ; en particulier, la soumission au droit privé des services industriels et commerciaux n'a jamais été justifiée par la considération que l'administration agissait en vue de se pro-

(1) Voir le chapitre VI, section II.

curer des ressources financières. Au contraire, en Allemagne, la notion correspondante, celle d'établissement public à gestion privée, est plus ancienne, et elle s'est confondue à ses origines avec celle de gestion du patrimoine financier pour former la théorie de l'administration « domaniale », *stricto sensu* (fiskalische Verwaltung) : la soumission au droit privé était alors justifiée par la considération que l'administration agissait en vue de se procurer des revenus. Ce n'est qu'à une date relativement récente (dans l'entre-deux guerres) que la jurisprudence a pris l'habitude de réserver l'expression d'administration « domaniale » à la gestion du patrimoine financier.

Les deux sections de ce chapitre sont consacrées aux deux termes de cette distinction.

SECTION PREMIÈRE

LA GESTION DU PATRIMOINE FINANCIER (Finanzvermögen)

BIBLIOGRAPHIE : Quelques brèves indications sont données par : FLEINER, *Droit administratif allemand*, trad. EISENMANN, 1933, p. 216. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 309 et 340, note 3. — WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, pp. 72 et 73 et 242. — TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1956, pp. 23 à 26 et 150. — BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, pp. 66, 70, 131. — MAUNZ (Th.), *Das Recht der öffentlichen Sachen*, 1951 cahier 22 de la collection « Die Verwaltung », dirigée par le professeur G. GIESE, pp. 2 à 4.

§ 1. — La théorie du patrimoine financier.

Etudions successivement le contenu et le rôle de la notion de patrimoine financier, autrement dit la composition et le régime juridique de ce patrimoine.

I. — LA COMPOSITION DU PATRIMOINE FINANCIER.

En principe, le patrimoine financier comprend tous les biens que l'administration utilise afin de se procurer des revenus, c'est-à-dire tous les biens gérés par l'administration « domaniale » (fiskalische Verwaltung) ; c'est pourquoi le patrimoine financier est

appelé parfois propriété domaniale (fiskalisches Eigentum) ou patrimoine domanial (Fiskalgut) (1).

Cette notion est plus étroite que la notion française de domaine privé. En effet, tous les biens du domaine privé ne sont pas des biens exploités en vue de produire des revenus : une grande partie d'entre eux sont utilisés par les services publics de l'administration.

Ainsi, selon Otto Mayer (2^e édition de son *Traité*, 1914) (2), la gestion du patrimoine financier comprend seulement : « l'exploitation des forêts et domaines de l'Etat, la commercialisation des produits des mines, manufactures et brasseries de l'Etat et l'administration des immeubles de rapport possédés par l'Etat ou les communes ». A cette liste classique, les auteurs allemands n'ajoutent que quelques cas isolés, notamment les théâtres, les entreprises publicitaires et les sources thermales. A la différence du domaine privé français, le patrimoine financier ne comprend aucun bien affecté à un but d'intérêt général, c'est-à-dire aucune chose publique.

Cependant, selon le professeur Forsthoff (3), « l'évolution récente (des tâches) de l'administration a rendu problématique à plusieurs égards la distinction entre le patrimoine financier géré selon les principes du commerce et les autres masses de biens de l'Etat. Dire que les considérations commerciales ont amené l'Etat à participer à des entreprises commerciales ou à en créer, ne correspond plus aujourd'hui à la réalité de la majorité des cas. Ainsi, certaines participations de l'Etat résultent du sauvetage d'entreprises en difficulté, dont la faillite a dû être évitée dans l'intérêt public. L'intérêt de l'Etat a de plus conduit à ce que l'Etat fonde et exploite de grandes entreprises industrielles dans des formes sans doute indépendantes, mais nullement selon des principes purement commerciaux. L'intérêt domanial (fiskalisch) et l'intérêt de puissance publique ne sont plus aussi distincts qu'autrefois. En droit positif, ces transformations n'ont cependant trouvé jusqu'à présent aucune expression — à l'exception du § 67 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux —, si bien qu'il faut s'en tenir à la distinction classique entre le patrimoine financier et le patrimoine administratif. »

II. — LE RÉGIME JURIDIQUE DU PATRIMOINE FINANCIER.

La gestion du patrimoine financier obéit en principe exclusivement aux règles du droit privé. Le professeur Hans J. Wolff écrit (4) :

(1) BENDER, *Verwaltungsrecht*, 2^e éd., p. 31 ; FLEINER, trad. EISENMANN, p. 216 ; VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., p. 50.

(2) O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, 2^e éd., allde 1914, II, p. 474.

(3) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 310.

(4) WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., p. 242.

« L'administration peut l'acquérir, l'hypothéquer, l'aliéner, etc. dans les formes du droit privé. Elle doit intenter les actions le concernant devant les tribunaux ordinaires et elle est nécessairement assignée devant eux pour les actes de sa gestion. »

Cependant, comme le principe français de la soumission au droit privé des biens du domaine privé, le principe allemand subit quelques exceptions. Le professeur Hans J. Wolff écrit (5) : « Ce patrimoine n'intéresse ainsi le droit administratif que dans la mesure où il est, par exception, soumis à la tutelle administrative et à certaines règles spéciales relatives principalement à la gestion financière, aux voies d'exécution et à la faillite » (6).

Hormis ces exceptions, la gestion du patrimoine financier est entièrement soumise au droit privé, comme en témoignent les décisions jurisprudentielles analysées ci-dessous.

§ 2. — La jurisprudence relative à la gestion du patrimoine financier.

Le patrimoine financier comprend à la fois des biens gérés directement par l'administration et des entreprises industrielles ou commerciales gérées par l'administration de façon médiate. Il n'est pas question d'étudier l'ensemble de la jurisprudence judiciaire qui est relative à ces problèmes, car ils ne soulèvent pas de difficultés considérables. Nous nous contenterons d'analyser un jugement relatif au premier type de biens appartenant au patrimoine financier ; les forêts domaniales et un jugement relatif au second type : les entreprises de jeu.

I. — LE JUGEMENT DU TRIBUNAL D'EMPIRE DU 1^{er} JUIN 1937 RELATIF A L'ADMINISTRATION DES FORÊTS.

En droit français, les forêts de l'Etat font traditionnellement partie du domaine privé et leur gestion obéit exclusivement aux règles de droit privé. Encore faut-il remarquer avec H. Berthélemy (7), qu'elles ne peuvent être aliénées sans intervention de l'autorité législative ; car « ce n'est pas pour en tirer des revenus que l'Etat doit conserver et exploiter des forêts ; les forêts sont peu productives :

(5) *Ibidem*.

(6) Les voies d'exécution sont possibles contre l'administration domaniale (fiskalische Verwaltung), mais selon la procédure spéciale prévue au § 882 a du Code de procédure civile (ZPO).

(7) H. BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 11^e éd. 1926, p. 864.

à raison de ce fait, leurs propriétaires sont enclins à les défricher. Or l'intérêt général exige qu'elles soient conservées » (8). Quoi qu'il en soit, un arrêt du Tribunal des conflits en date du 24 janvier 1952 a réaffirmé la solution traditionnelle (9) : par contrat conclu le 5 avril 1946, une commune corse avait autorisé un particulier à extraire 250 stères de souches de bruyère, mais, méconnaissant cet engagement, elle donna par la suite la même autorisation à une autre personne; le premier contractant réclama devant les tribunaux civils l'exécution de la convention. Après l'élévation du conflit par le préfet, le tribunal a décidé : « La convention du 5 avril 1946 ayant trait à la gestion d'un bien faisant partie du domaine privé de la commune, il résulte de son objet même qu'elle présente un caractère de droit privé. »

En Allemagne, il est également traditionnel de soumettre au droit privé la gestion des forêts de l'Etat. Un jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a réaffirmé en 1937 ce principe de façon particulièrement nette (10). En effet, dans ce litige qui opposait une entreprise d'abattage de bois à l'administration des forêts, l'attitude de cette dernière n'avait pas été dictée exclusivement par des considérations d'ordre commercial. Tous les malheurs de l'entreprise venaient de ce qu'elle avait collaboré à la politique de « réparations » des autorités alliées en acceptant d'exploiter les forêts de l'Etat pour leur compte. Dès 1924, l'administration prussienne avait envoyé des circulaires aux diverses autorités compétentes tendant à favoriser les entreprises qui avaient refusé de travailler pour les alliés et avaient ainsi subi des pertes financières. De fait, l'entreprise rencontra des difficultés à obtenir de l'administration de nouveaux contrats. Sur ces entrefaites, un procès en diffamation intenté par l'entreprise contre des journalistes éclata et, à cette occasion, les fonctionnaires de l'administration des forêts furent très malmenés par les avocats de l'entreprise. L'administration des forêts répliqua en rompant toutes relations personnelles et commerciales avec l'entreprise. Celle-ci s'est alors plainte devant les tribunaux ordinaires et a réclamé réparation du préjudice subi du fait de la rupture des relations commerciales. L'affaire est allée jusque devant le Tribunal d'Empire (Reichsgericht).

L'un des problèmes juridiques qui se posait au haut tribunal était celui-ci : la responsabilité de l'administration des forêts est-elle

(8) H. BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 11^e éd. 1926, p. 584.

(9) T.C. 24 janvier 1952, Conservateur des eaux et forêts de Corse, *Rec.*, p. 613.

(10) R G Z. 155, 257.

engagée sur la base du droit privé (§ 823 du Code civil) ou sur celle du droit public (§ 839 du Code civil combiné à l'article 131 de la Constitution de Weimar) ? Malgré les circonstances de l'espèce, le Tribunal d'Empire n'hésita pas à appliquer les règles du droit privé. Les motifs du jugement sont à cet égard très nets : « Il est évident que le comportement qui est reproché aux administrations des forêts appartient au domaine des actes de droit privé des Länder. Cette proposition ne vaut pas seulement lorsque les administrations des forêts vendent ou mettent aux enchères le bois produit, en fixent les conditions de vente, aménagent leurs relations juridiques avec leurs clients ou accomplissent d'autres actes relatifs à l'exploitation ou à l'entretien des forêts. Bien plus, cette proposition vaut pour tous les actes requis par de telles relations, notamment pour la liquidation des affaires contentieuses surgissant entre elles et leurs clients ou même des tiers, pour les ruptures et les prises de contact, et même pour les actes de défense contre les clients ou les tiers qui s'immiscent ou même entravent l'activité des fonctionnaires des forêts, et donc notamment pour les actes répliquant aux attaques offensantes dont les fonctionnaires des forêts peuvent être l'objet. »

Ainsi est affirmée, sans équivoque possible, la soumission au droit privé de toute l'activité de l'administration des forêts domaniales.

II. — LA DÉCISION DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF FÉDÉRAL DU 21 OCTOBRE 1955 RELATIVE AUX ENTREPRISES DE JEU

En France, les entreprises de jeu sont généralement exploitées par des sociétés privées après autorisation de l'administration. Cependant, une loi de 1933 a institué la Loterie nationale qui est un organisme géré par le ministère des Finances. Faute de jurisprudence, il est difficile de se faire une idée exacte de la nature de ses rapports avec les usagers. Certains y voient des rapports de droit privé, mais en ce qui concerne le statut des revendeurs de billets, le Conseil d'Etat a déclaré que la Loterie nationale constituait un service public (et non pas une entreprise dépendant du domaine privé) et il a refusé d'appliquer la jurisprudence dite des services publics industriels ou commerciaux (11).

En Allemagne, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) semble s'engager dans d'autres voies, quoique le

(11) C.E. 17 décembre 1948, *Angrand, Rec.*, p. 485.

problème ne se soit pas posé en l'espèce dans toute sa netteté. L'affaire qui fut jugée le 21 octobre 1955, se présentait comme suit (12). Le plaignant avait conclu un contrat de pari sportif avec la société à responsabilité limitée Sport-Toto. Comme celle-ci appartient entièrement au Land de Bade-Wurtemberg, une clause du contrat prévoyait qu'en cas de litige le ministre de ce Land serait saisi en premier lieu. Le plaignant estima avoir gagné le gros lot et il porta son recours devant le ministre qui le rejeta. Il attaqua alors la décision ministérielle devant les tribunaux administratifs de première et seconde instance. Saisi d'un recours en révision, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a déclaré la plainte irrecevable comme portée devant une juridiction incompétente et il a renvoyé (13) le plaideur devant le tribunal civil (Landgericht) de Stuttgart. Dans ses motifs, le haut tribunal a sans doute pris en considération la forme sociale de l'entreprise de jeu, mais il a surtout invoqué le caractère patrimonial et commercial de l'acte du ministre. C'est pourquoi cette espèce nous semble une bonne illustration de la notion allemande d'administration « domaniale » (fiskalische Verwaltung).

SECTION II

LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS A GESTION PRIVÉE

(die öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung)

BIBLIOGRAPHIE : Ouvrages de droit administratif général : JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, pp. 387-388 et 513. — FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 341 à 343, 415 et 416. — BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, pp. 149 et 151.

Autres ouvrages : BUEHLER, *Begriff und Formen der öffentlichrechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut*. Thèse Zürich, 1958. — RICHTER et KOETTGEN, « Das Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt », 1949, cahier 8 des publications du Congrès des professeurs allemands de droit public (*Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*). — BOEHMER (G.), *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1950, I, pp. 186 à 194 et 210 à 211. — SIEBERT (Wolfgang), « Privatrecht im Bereich öffentlichen Verwaltung, Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichen Recht und Privatrecht », 1953. article paru dans un recueil offert en hommage au professeur NIEDERMAYER (*Festschrift Niedermeyer*).

Après avoir systématisé la doctrine et la jurisprudence relatives à ces « établissements publics », nous analyserons une à une les principales décisions jurisprudentielles qui ont été rendues en la matière.

(12) B Verw GE. 2, 273 ; NJW. 1956, 235 ; D VBl. 1956, 136.

(13) Sur le « renvoi », voir le chapitre II, section II.

§ 1. — La théorie des établissements publics à gestion privée.

I. — LA NOTION D'ÉTABLISSEMENT PUBLIC A GESTION PRIVÉE.

L'expression allemande d'établissement public à gestion privée n'est pas usuelle. On la rencontre cependant à plusieurs reprises dans le traité d'Otto Mayer et dans celui du professeur Forsthoff (1). Généralement les auteurs allemands se contentent de dire que l'activité des établissements publics par les intéressés est régie tantôt par le droit privé, tantôt par le droit public. Nous avons pourtant retenu cette appellation qui rappelle l'expression française de service public à gestion privée parce que la notion allemande qu'elle désigne est très voisine de la notion française de service public à gestion privée; comme elle, elle résulte de la combinaison de deux notions : celle d'établissement public et celle de gestion privée.

A. — La notion d'établissement public (*öffentliche Anstalt*).

Dans la théorie française des services publics à gestion privée, la notion de service public caractérise une institution et non pas une activité comme dans d'autres théories (services publics fonctionnels, services publics virtuels). Nous pouvons donc utiliser la définition qu'en a donnée Rolland dans son précis (2). Selon lui, le service public est « une entreprise ou une institution d'intérêt général qui, sous la haute direction des gouvernants, est destinée à donner satisfaction à des besoins collectifs du public. Ainsi, apparaissent trois idées dans la définition : 1° l'idée d'entreprise : il y a tout un service, un agencement de personnel, de matériel, de procédés juridiques et techniques tendant à obtenir un certain résultat; 2° l'idée de satisfaction donnée aux besoins collectifs du public... : le service public est... une entreprise d'intérêt général; 3° l'idée de dépendance à l'égard des gouvernants ».

La notion allemande d'établissement public (*öffentliche Anstalt*) est une notion intermédiaire entre la notion française de service public (au sens institutionnel) et celle d'établissement public. Elle comprend, en premier lieu, tous les éléments communs aux deux notions : l'idée d'entreprise, celle de satisfaction des besoins publics, enfin celle d'organisme public. Elle est voisine de la notion française

(1) OTTO MAYER, 2^e éd. alide 1917, II, pp. 482 et 483. — FORSTHOFF, I, 6^e éd. pp. 415 et 416.

(2) ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 9 éd. 1947, pp. 1 et 2.

de service public (au sens institutionnel), dans la mesure où elle caractérise un organisme administratif qui ne jouit pas nécessairement de la personnalité morale (3). Mais elle nous semble plus proche de la notion française d'établissement public pour les raisons suivantes : elle désigne des unités administratives qui jouissent toutes d'une autonomie administrative et financière plus ou moins grande et dont la très grande majorité possèdent soit la personnalité morale complète, soit l'un de ses attributs essentiels, à savoir le droit d'être titulaire d'un patrimoine propre (4). D'ailleurs, le législateur considère bien souvent les établissements publics comme étant des personnes du droit public. C'est pourquoi nous avons préféré traduire l'expression allemande « öffentliche Anstalt » par établissement public. L'étymologie impose d'ailleurs une telle traduction (5).

*B. — La notion de gestion privée (privatrechtliche Benutzung)
d'un établissement public.*

De même que la plupart des services publics français fournissent des prestations au public (on oppose traditionnellement le procédé de police et celui de service public), de même la plupart des établissements publics allemands fournissent des prestations au public : ils sont appelés établissements « utilisables » par le public (nutzbare Anstalten). C'est pourquoi le problème de leur régime juridique est pratiquement celui du régime juridique de l'administration fournisseuse de prestations (die Verwaltung als Leistungsträger) (6).

En droit français, comme nous l'avons déjà noté, ce problème ne s'est posé que très tardivement en raison du développement important qu'avait pris le procédé de la concession de service public avant la première guerre mondiale. La quasi-totalité des services publics industriels ou commerciaux étaient alors concédés et se trouvaient donc soumis au droit privé, dans une large mesure ; les autres services publics n'étaient pas concédés et ils étaient en principe régis exclusivement par le droit public. C'est seulement depuis 1920 que la plu-

(3) Les juristes allemands distinguent en conséquence les établissements publics à capacité juridique (rechtsfähige öffentliche Anstalten) et les établissements publics sans capacité juridique (un rechtsfähige öffentliche Anstalten).

(4) Les deux établissements publics les plus importants sont, en Allemagne, les postes et les chemins de fer ; ils n'ont pas la personnalité morale, mais leur autonomie est très poussée et ils possèdent un patrimoine propre. Voir HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953, I, pp. 127 à 131.

(5) Ajoutons que la notion allemande correspond approximativement au sens que l'expression « établissement public » possède dans le langage courant et qu'elle n'a rien de commun avec les notions nouvelles de service public « fonctionnel » et de service public « virtuel ».

(6) Dans le traité du professeur FORSTHOFF, la théorie des établissements publics à gestion privée est l'un des éléments de la partie intitulée : l'administration fournisseuse des prestations (die Verwaltung als Leistungsträger).

part des services publics industriels ou commerciaux sont assumés directement par l'Etat et que la jurisprudence a dû admettre le principe de leur soumission au droit privé quoiqu'ils ne soient pas concédés. Très récemment, le principe a même été étendu à certains services publics sociaux. Ainsi, à côté des services publics à gestion publique, s'est développée une catégorie importante de services publics : les services publics à gestion privée.

Le principe de la soumission de ces services publics au droit privé ne s'étend d'ailleurs pas à tous leurs aspects juridiques; il ne concerne pas le droit de l'organisation, c'est-à-dire celui qui régit les rapports entre le service et l'Etat; en revanche, il s'applique à la fois au droit des agents, lequel régit les rapports entre le service et ses agents et au droit de l'activité lequel régit les rapports entre le service et ses usagers (7). Cependant, si le principe de la soumission au droit privé est ainsi assez étendu, il n'est pas absolu : certains agents sont soumis à un statut de droit public et certains contrats sont appréciés comme des contrats administratifs (8).

En droit allemand, nous avons montré précédemment que la notion d'établissement public à gestion privée était ancienne et qu'elle était née d'une extension abusive de la théorie de l'administration « domaniale » (fiskalische Verwaltung) à une époque où la juridiction administrative ne présentait pas encore les garanties souhaitables. Il semble même que, pour Georg Meyer (1883), tous les établissements publics étaient des installations étatiques mises à la disposition du public dans les formes du droit privé (9). Otto Mayer semble être l'un des premiers à avoir renversé ce principe et à avoir posé en règle générale que les établissements publics aménageaient leurs rapports avec les usagers selon le droit public : l'existence d'établissements publics à gestion privée devenait l'exception (10). Fleiner, influencé par la doctrine française du service public, insista.

(7) Ce tryptique (droit de l'organisation, droit des agents, droit de l'activité) est emprunté à SIEBERT, « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung » (*Festschrift für Niedermeyer*, 1953) : Organisations - Dienst - Wirkungsrecht.

(8) Voir, par exemple, A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 2^e éd. 1957, p. 594.

(9) Selon JERUSALEM, dans sa contribution au manuel national-socialiste du docteur FRANCK, *Verwaltungsrecht* 1937, p. 282 : « Das Recht der öffentlichen Anstalt ».

(10) Cette tendance est d'ailleurs beaucoup plus nette dans la seconde édition allemande (1914) du traité d'OTTO MAYER que dans la première ou dans l'édition française qui l'ont précédée : II, p. 481 : « Toutes les utilisations (des établissements publics) sont régies par le droit public, sauf celles auxquelles, par exception, le droit civil s'applique. Mais de telles exceptions existent... »

lui aussi, sur l'application de principe du droit public (11). Le professeur Forsthoff et la doctrine actuelle inclinent plutôt à mettre sur le même plan les établissements publics à gestion privée et les établissements publics à gestion publique (12).

La notion allemande de gestion privée n'est pas identique à la notion française de gestion privée. Le principe de la soumission au droit privé est à la fois moins étendu et plus absolu. Il est moins étendu en ce qu'il ne s'applique qu'aux rapports entre l'établissement public et ses usagers : il ne s'applique ni aux rapports entre l'établissement public et l'Etat (droit de l'organisation) (13), ni aux rapports entre l'établissement public et ses agents. En ce qui concerne ces derniers, le problème de la qualification a, en effet, été résolu par une loi de 1933 : selon elle, la formalité de la nomination et l'insertion des mots rituels « en se référant au droit de la Fonction publique » (unter Berufung in das Beamtenverhältnis) sont les conditions à la fois nécessaires et suffisantes de l'application du droit public à la situation d'un agent déterminé (14).

(1) FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1^{re} éd. 1911, p. 264 : « Dans la détermination du régime juridique des établissements publics nous sommes en pleine évolution et il importe d'être doublement prudent. Mais, dès à présent, on peut affirmer que cette évolution tend vers la soumission de tous les établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques (postes, télégraphes, alimentation en eau, etc.) à l'empire du droit public, que leur utilisation repose sur une obligation juridique ou sur la libre volonté des individus. » Il faut noter que dans les dernières éditions (postérieures à la première guerre mondiale), la seconde phrase est au passé : « Mais on pouvait affirmer avant la guerre que cette évolution vers... » (voir : trad. EISENMANN, 1933, p. 200).

(12) Par exemple, FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 341 : « Sans porter préjudice à la constatation que l'établissement public est, en tant que tel, une figure du droit public, ses rapports avec les usagers peuvent être aménagés aussi bien selon le droit public que selon le droit privé ». Noter cependant l'opinion dissidente de HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953, I, p. 119 : « Les rapports de droit, qui s'établissent entre l'établissement public et ses usagers... sont, en règle générale, des rapports de droit public..., nullement des rapports contractuels de droit privé. »

(13) Ce qui résulte de la définition même de l'établissement public : il est essentiellement un organisme de droit public. Signalons, à titre de curiosité, la théorie des « établissements publics à forme privée » (Anstalten in privater Rechtsform), imaginée par le professeur HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. I, pp. 121 à 123 : certains organismes de droit privé rempliraient uniquement des tâches de puissance publique et mériteraient cette appellation. Malheureusement, les exemples cités sont antérieurs à 1945 et les conséquences pratiques de cette appellation n'apparaissent pas.

(14) Voir une application de cette loi dans un jugement du 28 novembre 1955 rendu par le Tribunal social fédéral (Bundessozialgericht). La haute juridiction avait à déterminer la nature juridique des rapports existant entre les caisses de maladie (Sécurité sociale) et leurs agents, afin de pouvoir trancher la question de compétence qui lui était posée : en cas de litige, quels tribunaux doivent être saisis, les tribunaux du travail ou les tribunaux sociaux (compétents pour connaître de tous les litiges de droit public en matière d'assurances sociales) ? Les principes de la loi de 1933 ont été repris par le § 6 de la loi du 14 juillet 1953 sur les fonctionnaires fédéraux (Bundesbeamtengesetz).

En revanche, le principe de la soumission au droit privé est absolu en droit allemand : tous les contrats conclus sont des contrats de droit privé ; toutes les décisions de conclure ou de ne pas conclure sont des actes de droit privé insusceptibles de recours devant les tribunaux administratifs ; enfin, la responsabilité encourue par les dommages causés accidentellement est une responsabilité de droit privé. Depuis 1945, nombreux sont les juristes allemands qui dénoncent cette « fuite de l'administration vers le droit privé » et qui réclament l'applicabilité de certaines règles essentielles du droit public (parmi lesquelles les principes de la Loi fondamentale, notamment celui de l'égalité des citoyens) (15). Certains voient précisément un élément de supériorité du droit français dans cette différence entre la théorie des services publics à gestion privée et celle des établissements publics à gestion privée (16).

Quoi qu'il en soit, la grande difficulté soulevée par cette théorie est, comme en France, celle des critères permettant de déterminer la nature du droit applicable.

II. — LES CRITÈRES DE LA NOTION D'ÉTABLISSEMENT PUBLIC A GESTION PRIVÉE.

En droit français, il n'existe pas de critère bien déterminé des services publics à gestion privée. Cependant, « d'une manière générale, le critère utilisé par la jurisprudence est celui de la ressemblance ou de la dissemblance du service public intéressé avec les entreprises privées à objet similaire » (17). A cet égard, « il faut prendre en considération les conditions de fait et de droit » (18). Parmi les conditions de fait, la jurisprudence retient en particulier la recherche de bénéfices par l'administration et le caractère industriel ou commercial de l'activité exercée : la plupart des services publics à gestion privée ne sont-ils pas des services publics industriels ou commerciaux ? Parmi les conditions de droit, la jurisprudence retient

(15) SIERERT (Wolfgang), « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung », *Festschrift für Niedermeyer*, 1953, VII. — BACHOF (Otto), « Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. 1954, cahier 12 des publications du Congrès des professeurs allemands de droit public (Tagung der Deutschen Staatsrechtler) », notamment p. 63. — WOLFF (Hans J.) *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, p. 74. — BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, p. 70. Nous retrouverons ce problème lorsque nous étudierons les actes d'administration dans le cadre des activités de droit privé de l'administration, chapitre X, section I.

(16) LUECKING (Wilhelm), *Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1955, p. 27.

(17) A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 2^e éd. 1957, p. 295.

(18) WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd. 1957, p. 78.

essentiellement l'absence de prérogatives ou de sujétions de puissance publique et l'intention de la collectivité publique de recourir aux procédés de droit privé : c'est en ce sens que la théorie des services publics à gestion privée prolonge la théorie classique de la gestion privée contractuelle.

En droit allemand, les critères de distinction sont aussi très empiriques, comme le constate le professeur Forsthoff : « Depuis que la délimitation, déjà difficile en soi, des droits public et privé est devenue encore plus complexe du fait de l'extension des activités administratives dans le domaine économique, il y a unanimité pour reconnaître qu'il ne peut y avoir, aujourd'hui moins que jamais, un critère unique et décisif à lui seul » (19).

Pourtant, dans son traité, le professeur Forsthoff s'efforce de présenter de façon synthétique les différents critères utilisés par la jurisprudence (20). Il place au premier rang l'intention de la collectivité qui a organisé l'établissement public intéressé. Si cette volonté ne s'est pas clairement manifestée, il propose de considérer le régime juridique de la création des rapports entre l'établissement public et ses usagers : l'usager a-t-il ou n'a-t-il pas le droit ou l'obligation d'utiliser l'établissement public ? Il conseille également de tenir compte du caractère juridique de la contre-prestation que doit effectuer l'usager : peut-elle ou non être recouvrée par la voie administrative ? Mais, il recommande la plus extrême prudence ; car, d'une part, le procédé du contrat dicté (*diktierter Vertrag*) n'est pas inconnu en droit civil et, d'autre part, de nombreuses lois autorisent les collectivités publiques à recouvrer administrativement certaines créances de droit privé.

Aussi, en définitive, ce qui décide du caractère privé ou public de l'activité de l'établissement public, c'est, selon le professeur Forsthoff, le fait que « les deux parties se trouvent entre elles dans un rapport de coordination ou de subordination ». Par cette expression, communément employée par les juristes allemands, l'éminent maître prend en considération l'aménagement du rapport du droit créé entre les deux parties et il se demande si, à l'occasion de celui-ci, les deux parties se rencontrent sur un pied d'égalité juridique, ou bien si l'établissement public n'apparaît pas en qualité de détenteur de la puissance publique. C'est donc, en définitive, l'absence de prérogatives de puissance publique qui caractérise les établissements publics à gestion privée.

Faut-il voir là une différence théorique importante entre le droit

(19) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 342.

(20) FORSTHOFF, I, 6^e éd., pp. 342 et 343.

français et le droit allemand? Les solutions françaises ne reposent-elles pas sur l'opposition gestion privée — gestion publique et les solutions allemandes sur l'opposition égalité juridique — puissance publique? Peut-être. Mais, à vrai dire, la différence est assez minime, car, d'une part, l'élément prédominant de la notion française de gestion publique n'est-il pas précisément la puissance publique, et, d'autre part, la notion allemande de puissance publique n'est-elle pas entendue dans un sens très large? On peut cependant noter que l'idée de sujétion de puissance publique n'est pas encore admise par les juristes allemands; mais l'esprit général de la doctrine actuelle, qui insiste autant sur les devoirs que sur les droits de l'administration, laisse présager qu'une telle évolution ne saurait tarder.

En définitive, pour dégager des conclusions certaines, il apparaît nécessaire d'étudier en détail la jurisprudence allemande relative aux établissements publics à gestion privée.

§ 2. — La jurisprudence relative aux divers établissements publics à gestion privée.

Notre étude de jurisprudence — judiciaire — comprend principalement l'étude de deux décisions de principe, l'une rendue par l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) et concernant le régime juridique des chemins de fer, l'autre rendue par l'actuelle Cour fédérale (Bundesgerichtshof) et relative au droit applicable à l'activité des hôpitaux publics. Puis, nous présenterons rapidement plusieurs jugements portant sur des entreprises communales de distribution d'eau, de distribution d'électricité, de tramways et de bains publics, lesquelles sont extrêmement nombreuses en Allemagne.

I. — LE JUGEMENT DU TRIBUNAL D'EMPIRE (REICHSGERICHT)

DU 6 OCTOBRE 1939

RELATIF AUX CHEMINS DE FER.

En France, le problème de l'applicabilité du droit privé aux chemins de fer de l'Etat ne s'est jamais posé aussi nettement qu'en Allemagne. Cependant, dès 1878, certaines lignes de chemins de fer ont été exploitées en régie par l'Etat; les réseaux d'Etat ont même pris une certaine importance après le rachat du réseau de l'Ouest en 1908 et la prise en charge de celui d'Alsace-Lorraine en 1918. Mais, pendant cette période, ces réseaux ont coexisté avec des compagnies

privées concessionnaires. Aussi, le principe de leur soumission au droit privé s'est-il imposé tout naturellement dès avant l'avènement de la jurisprudence dite des services publics industriels ou commerciaux. Un jugement du Tribunal des conflits, rendu le 22 juin 1889 (21), a confirmé incidemment la jurisprudence de la Cour de cassation dans une affaire concernant un marché de travaux publics conclu par l'administration des chemins de fer de l'Etat. Il décida : « En exploitant une ligne, elle fait acte d'entrepreneur de transports et à ce titre, elle peut, comme les compagnies concessionnaires, être tenue, envers les tiers, d'obligations qui engagent sa responsabilité, devant la juridiction de droit commun, dans les termes des articles 631 et 632 du Code de commerce, 1383 et suivants du Code civil. » Depuis 1938, l'ensemble des chemins de fer de la France métropolitaine est exploité par une société d'économie mixte concessionnaire de l'Etat et cette jurisprudence est caduque. Cependant, outre-mer, de nombreux chemins de fer continuent d'être exploités directement par les collectivités publiques et la jurisprudence dite des services publics industriels et commerciaux qui n'en est que le prolongement leur est applicable (22). Cependant, sa portée est limitée par le jeu des théories du domaine public et des travaux publics (marchés, dommages).

En Allemagne, l'Etat a très rapidement pris en main les chemins de fer et il les a organisés en établissements publics (23). Les dernières compagnies privées ont été supprimées par le traité du 30 mai 1920 et tous les chemins de fer allemands ont été transférés à l'Empire (Reich) ; un établissement public, à capacité juridique réduite, a alors été créé : les chemins de fer d'Empire (Reichsbahn). La politique alliée des réparations et le plan Dawes obligèrent l'Etat allemand à desserrer ses liens avec le nouvel établissement et à en faire une société anonyme, la Société des chemins de fer d'Empire (Reichsbahngesellschaft). Mais, en 1939, l'Etat allemand, ayant rompu tous ses engagements en matière de réparations, retira la forme sociale

(21) T.C. 22 juin 1889, Vergnioux contre Administration des chemins de fer de l'Etat. D. 1891.III.1, conclusions MARGUERIE. Voir aussi : Ch. Req. 8 juillet 1889, Administration des chemins de fer de l'Etat contre Société d'imprimerie P. Dupont, D.P. 1889.I.353, rapport du conseiller Feraud-Giraud. Les décisions antérieures de la Cour de cassation se prononçaient implicitement sur la question de compétence : Ch. civ. 13 avril 1885 et 4 août 1885, S. 1886.I.219 ; Ch. civ. 9 mars 1887, D.P. 1871.I.477 et S. 1888.I.227 (3^e espèce).

(22) C.E. 26 janvier 1923, de Robert Lafreygère, R.D.P. 1923, 237, conclusions RIVET ; C.E. 8 novembre 1929, Mounier, D. 1930.III.41, note BIENVENUE ; C.E. 6 février 1935, Babondiago, *Rec.*, p. 157.

(23) Cet historique est emprunté à BOEHMER (G.), *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1950, I, pp. 187 à 191. Voir aussi HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953, I, pp. 126 et 127.

aux chemins de fer, dont les employés étaient d'ailleurs demeurés fonctionnaires d'Empire (Reichsbeamte); les chemins de fer allemands redevinrent un simple établissement public. La loi du 4 juillet 1939 disposa : « Les chemins de fer d'Empire (Reichsbahn) doivent être administrés pour le bien du peuple allemand et de l'économie allemande... Elle n'est pas une entreprise commerciale » (§ 3 et 6). Cependant, dans une affaire jugée le 6 octobre 1939, le Tribunal d'Empire maintint la soumission au droit privé (24).

L'espèce concernait une action en responsabilité intentée par une voyageuse qui avait été blessée en descendant d'un train, alors qu'il se mettait à nouveau en marche. Elle imputait l'accident à la faute du chef de train. Un tel dommage ne rentrait pas dans la catégorie des dommages couverts par la loi de 1871 sur l'obligation de garantie. Le tribunal civil saisi en première instance eut donc à choisir entre l'application du droit de la responsabilité civile et celle du droit de la responsabilité publique. La juridiction d'appel admit que, lors de l'accident, le chef de train avait agi dans l'exercice de la puissance publique (in Ausübung der öffentlichen Gewalt) et que les chemins de fer devaient donc répondre de ses agissements selon le droit public. Mais le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) révisa le jugement et il se prononça en faveur de l'application des règles de la responsabilité privée.

Cette décision capitale mérite d'être analysée soigneusement. Après avoir rappelé que l'activité des chemins de fer avait toujours été regardée comme une activité de droit privé, le haut tribunal écarte certains arguments et en accepte d'autres.

Il rejette comme non pertinentes les considérations relatives au droit de l'organisation et des agents : « Il ne suffit pas que les chemins de fer d'Empire (Reichsbahn) se trouvent compris en entier dans le patrimoine d'Empire (Reichvermögen) ni que leurs services soient des autorités d'Empire (Reichsbehörde), ni que leurs agents soient des fonctionnaires d'Empire (Reichsbeamte), ni que leurs tâches soient des fonctions publiques (öffentlicher Dienst). Car ces caractères sont communs à de nombreuses personnes publiques dont l'activité n'est pas soustraite à l'empire du droit privé. » Ainsi, plus nettement qu'en France, droit de l'activité d'une part et droit de l'organisation et du personnel d'autre part sont-ils des univers juridiques autonomes.

Puis, le haut tribunal refuse de prendre en considération la nature du but visé par l'activité, comme il en était sollicité par une partie

(24) R G Z. 161, 341.

de la doctrine allemande, alors influencée par l'école française du service public. Il le fait dans les termes que voici : « Il ne suffit pas non plus que l'entreprise serve principalement l'intérêt public ni qu'elle soit par essence une administration de puissance publique (hoheitliche Verwaltung). » Ce faisant, la jurisprudence allemande ne s'écarte pas nettement des positions de la jurisprudence française, car celle-ci n'a accordé que très rarement une place prépondérante à la considération du but visé (25).

Enfin, le Tribunal d'Empire ajoute une phrase qui demande explication : « Il ne suffit pas non plus que l'entreprise exerce... des prérogatives de puissance publique (Hoheitsrechte), telles, ici, la police des chemins de fer ou le droit d'expropriation. » L'existence de ces prérogatives n'est pas jugée décisive par le haut tribunal, nous semble-t-il, parce qu'elles ne concernent pas les rapports entre les voyageurs et les chemins de fer allemands. D'ailleurs, la jurisprudence française admet également que les services publics à gestion privée disposent de privilèges ressortissant au droit public : domaine public, travaux publics, etc.

Les motifs du jugement ne comprennent pas seulement une partie négative; ils comportent également l'exposé de la méthode juridique choisie et utilisée par le haut tribunal. Le voici : « Ce qui importe, c'est la façon dont l'exploitation est aménagée et dont les activités sont réglées, c'est aussi la façon dont la structure de l'entreprise manifeste l'intention de l'administration de placer l'entreprise en tout ou en partie sur le terrain du droit privé comme une simple entreprise privée, ou celle d'assumer une tâche publique dans le cadre des activités d'autorité (obrigkeitlich). » Ainsi deux critères sont retenus : la nature des procédés de droit utilisés et l'intention de l'administration. Le lecteur français est frappé de retrouver des thèmes qui lui sont familiers.

Le tribunal applique, d'abord, le premier critère, en observant : « Le législateur considère le transport des personnes et des biens par fer comme un acte de commerce et il le réglemente dans le Code de commerce. » Il relève que la nouvelle législation des chemins de fer a reproduit les dispositions du Code de commerce et que le § 452 de ce Code exclut expressément de son domaine d'application le transport de colis postaux, lequel est effectivement régi par le droit public. Il ajoute : « De plus, les chemins de fer d'Empire

(25) Dans sa thèse : *« La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français, 1954 »*, le professeur DE CORAIL a montré que, même dans la jurisprudence classique, « la nature de l'activité entreprise, son caractère d'intérêt général sont invoqués par les arrêts, mais exceptionnellement et le plus souvent à titre accessoire » (p. 20).

(Reichsbahn) n'ont aucun monopole et ne disposent pas de la contrainte administrative pour recouvrer leurs créances. »

D'autre part, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) se réfère au deuxième critère, celui de l'intention de l'administration, lorsqu'il remarque : « Ce n'est pas par hasard que le ministre des Transports est appelé directeur général des chemins de fer, le secrétaire d'Etat, directeur général adjoint, et les directeurs de ministère, membres du Conseil d'administration. »

Le jugement conclut : « De ces données législatives, il résulte que le transport des personnes par les chemins de fer d'Empire (Reichsbahn) ne constitue pas encore, même aujourd'hui, l'exercice de la puissance publique dans une activité d' « assistance » (Ausübung fürsorglicher Hoheitsgewalt), mais qu'il s'effectue au contraire dans le cadre du droit privé, quoique sa prise en charge par l'Etat repose, plus encore qu'autrefois, sur des considérations d'intérêt général. »

Telle est la substance d'un jugement auquel se réfèrent constamment les tribunaux civils allemands et auquel la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) s'est ralliée elle-même dans une décision du 23 avril 1951 (26) relative aux chemins de fer fédéraux (Bundesbahn).

Le principe de la soumission au droit privé des chemins de fer allemands ne concerne pas seulement les actions en responsabilité. Il intéresse tout le contentieux contractuel, que celui-ci porte sur la légitimité du refus de contracter, la validité des clauses du contrat ou le caractère défectueux de l'exécution du contrat.

II. — LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE DU 26 MARS 1953 RELATIF AUX HÔPITAUX PUBLICS.

En droit français, les hôpitaux sont, depuis toujours, considérés comme des services publics à gestion publique. La notion de service public à gestion privée n'a été imaginée à l'origine que pour expliquer la soumission au droit privé des activités industrielles et commerciales des collectivités publiques; ce n'est que très récemment qu'elle a été appliquée à quelques services sociaux, en l'espèce, des colonies de vacances (27).

Il y a quelques années, la Cour de cassation a dû casser des arrêts de cours d'appel qui considéraient les hôpitaux publics comme des services publics à gestion privée. Fidèle à la jurisprudence classi-

(26) NJW. 1952, 219.

(27) T.C. 22 janvier 1955, Naliato, D. 1956.58, note EISENMANN ; R D P. 1955, 716, note WALINE ; R P D A. 1955.53, conclusions CHARDEAU ; voir également VEDEL, note au J C P. 1955.II.8813.

que (28), la Cour suprême a réaffirmé avec netteté la compétence administrative dans un arrêt du 23 décembre 1952 relatif à une action en responsabilité (29). La solution traditionnelle est justifiée dans les termes que voici : « Attendu que pour décider le contraire, l'arrêt infirmatif attaqué (Riom, 20 janvier 1947) se fonde sur cette circonstance que Pons aurait été hospitalisé non pas à titre gratuit, mais placé volontairement, cette circonstance imprimant, selon lui, à la convention d'hospitalisation le caractère d'un contrat privé — Mais attendu que la nature des rapports de l'hospice avec les malades ne saurait varier suivant que ceux-ci bénéficient de l'assistance médicale ou payent une rémunération pour recevoir des soins appropriés à leur état, soins identiques à ceux donnés aux indigents; — Attendu que l'hospice, assurant, dans l'un et l'autre cas, l'exécution d'un service public dans des conditions non assimilables à celles où fonctionnerait une entreprise privée, cette exécution ne peut être appréciée que par la juridiction administrative. »

Le Tribunal des conflits a confirmé implicitement cette jurisprudence dans le jugement qu'il a rendu le 25 mars 1957 (30). En effet, dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Chardeau avait fait allusion à la thèse de l'une des parties au litige, d'après laquelle la notion de service public à gestion privée devait être étendue aux hôpitaux publics.

En droit allemand, au contraire, la notion d'établissement public à gestion privée n'a jamais été limitée aux seules activités industrielles et commerciales; elle a toujours été appliquée à certains établissements publics de caractère social. Cette jurisprudence traditionnelle a été confirmée par le jugement de la Cour fédérale rendu le 26 mars 1953 (31). Le problème posé était celui de l'application aux dommages causés par les hôpitaux des règles de la responsabilité privée.

Le demandeur se plaignait de n'avoir pas reçu le traitement médi-

(28) Est-il besoin de rappeler que le célèbre arrêt Feutry, rendu par le Tribunal des conflits le 29 février 1908 (*Rec.*, p. 208), a trait à un asile d'aliénés ? Voir aussi Ch. civ. 19 mars 1931, S. 1935.I.183.

(29) Ch. civ. 23 décembre 1952, Hospice civil de Clermont-Ferrand, D. 1953, 161. Voir aussi les différentes décisions citées dans WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd., p. 631.

(30) T.C. 25 mars 1957, arrêts Chilloux et Isaad Slimane, D. 1957, J. 395, conclusions CHARDEAU : J.C.P. 1957.II.10.004, note SAVATIER ; *Revue adm.* 1957, p. 247, note LIET-VEAUX.

(31) B.G.H.Z. 9.145 ; N.J.W. 1953, 778 ; J.Z. 1953, 551 (note Hans J. WOLFF) ; D.V.BI. 1953, 415 ; D.ö.V. 1954, 87. Ce jugement a été commenté très longuement par le professeur SIEBERT, dans « *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung* », *Festschrift für Niedermeyer*, 1953.

cal approprié dans la clinique d'une université et il fondait sa demande en dommages-intérêts sur les règles de la responsabilité privée contractuelle. Selon le Tribunal civil supérieur (Oberlandesgericht), le traitement défectueux du plaignant constituait un manquement au devoir de service (Amtspflicht) qui incombait au médecin stagiaire dans l'exercice de sa fonction et le Land, dont dépendait la clinique universitaire, devait en répondre sur la base du § 839 du Code civil combiné à l'article 34 de la Loi fondamentale, c'est-à-dire selon les règles de la responsabilité publique. Il fondait son opinion sur l'idée que par fonction publique, il ne faut pas entendre seulement le maniement de la contrainte, mais encore toutes les mesures d'assistance (fürsorgerisch) présentant un caractère de puissance publique (obrigkeitlich). En particulier, les écoles supérieures de l'Etat contribuent à l'enseignement et à la recherche scientifiques et leur administration constitue une activité de puissance publique incombant à l'Etat, puisqu'elle ne poursuit pas des intérêts de droit privé ou financiers (domaniaux *stricto sensu*), mais des buts « d'assistance » (fürsorgerisch) de droit public. Or, dans une clinique d'université, recherche et enseignement, d'une part, et traitement des malades, d'autre part, sont indissolublement liés. Les rapports existant entre la clinique et les patients sont donc des rapports de droit public.

La Cour fédérale réfute cette argumentation dans les termes que voici : « Selon le tribunal civil supérieur (Oberlandesgericht), le rapport entre la clinique et le demandeur est de droit public, en raison du but poursuivi par le service : recherche et enseignement. Ce faisant, le tribunal méconnaît que, dans la question de savoir si une entreprise publique est régie par le droit public, il importe de considérer, non pas le but qu'elle vise, mais la façon dont elle est organisée dans ses relations avec les usagers.

« Sans doute, il peut résulter de l'assignation d'un objectif une relation de droit public : en effet, la fonction assumée peut ne pouvoir être exercée que dans des rapports de subordination, ainsi la police, la juridiction. Mais là où l'Etat exerce une activité qui peut être entreprise aussi bien selon les principes du droit privé et de la coordination que selon ceux du droit public, l'Etat est libre d'aménager cette activité comme il l'entend (notamment en matière d'« assistance » — Fürsorge — publique). »

Ainsi, la Cour, fidèle à la jurisprudence du Tribunal d'Empire (Reichsgericht), refuse, elle aussi, d'accorder un rôle prédominant à la considération du but poursuivi. Aux raisons qui ont conduit la jurisprudence française à utiliser rarement ce critère s'ajoutent en

Allemagne une longue tradition et une méfiance qui subsiste à l'encontre de la juridiction administrative et du droit public.

Comme le Tribunal d'Empire, la Cour ne prend pas non plus en considération le régime juridique des rapports entre l'établissement public et la collectivité publique qui l'a fondé, ni celui des rapports entre l'établissement public et les agents qu'il emploie : « La prise en charge des tâches d'« assistance » publique (öffentliche Fürsorge) peut bien reposer sur un acte de puissance publique, telle la fondation d'un hôpital, et même les rapports entre l'entreprise et son personnel peuvent bien être des rapports de droit public : cela n'entraîne nullement l'existence de rapports de droit public entre elles et les usagers. »

La Cour fédérale (Bundesgerichtshof) présente ensuite sa méthode, l'analyse des formes juridiques de l'activité considérée, et elle invoque à cette occasion la haute autorité de l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht). « C'est ainsi que le Tribunal d'Empire dans ses décisions relatives à la nature juridique des entreprises des Postes (32) et des Chemins de fer s'est fondé sur la façon dont elles sont organisées et entrent en relation avec leurs usagers. Pour les Postes, du moins en ce qui touche les lettres et les chèques, il a affirmé le caractère de droit public de l'entreprise, tandis qu'il a considéré le transport de personnes par chemin de fer comme appartenant encore au domaine du droit privé. Le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a trouvé une différence de nature entre les deux entreprises moins dans les critères théoriques de distinction que dans l'appréciation d'ensemble des différents éléments de leur régime juridique : dans le cas des Postes, les éléments de droit public prédominent malgré quelques traits de droit privé ; dans le cadre des Chemins de fer, c'est l'inverse. (Autrement dit), l'appréciation de la nature de l'organisation d'une entreprise publique ne peut être faite selon des caractéristiques déterminées et rigides ; elle ne peut résulter que de l'appréciation de tous les éléments essentiels pris dans leur ensemble. »

Ainsi, la Cour réaffirme tout à la fois la nécessité d'analyser uniquement l'aménagement des rapports entre l'établissement et les usagers et celle de les analyser d'une façon globale et empirique. Aucun juriste allemand ne conteste que l'analyse ne doive porter que sur les « rapports d'utilisation » (Benutzungsverhältnis), mais certains regrettent le manque de précision qu'entraînent toute appréciation d'ensemble et tout recours à l'empirisme : certains rapports

(32) Le jugement du Tribunal d'Empire relatif aux Postes est analysé au chapitre IX, section II.

ne demeurent-ils pas régis par le droit public (exemple de la police des Chemins de fer) (33) ? Enfin, d'autres objectent que la méthode choisie est mauvaise et s'enferme dans un cercle vicieux : ne répond-on pas à la question par la question en déduisant le droit applicable de l'analyse du régime juridique (34) ? Le juriste français retrouve là des querelles qui lui sont familières. N'adresse-t-on pas aux tribunaux français les mêmes reproches ?

Les jurisprudences française et allemande apparaissent ainsi extrêmement proches. Pourtant, l'une admet que les hôpitaux publics sont des services publics à gestion publique, l'autre admet qu'ils sont des établissements à gestion privée.

Voici comment la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) parvient à cette conclusion. Elle relève tout d'abord l'existence de deux arguments favorables à la thèse de la gestion publique : les hôpitaux publics sont des « entreprises travaillant pour le bien commun » (le critère du but de service public est ainsi réintroduit en qualité d'indice) et « ils recouvrent les redevances dues par les usagers par la voie de la contrainte administrative ». Mais la Cour estime que ces critères « ne suffisent pas à eux seuls, s'ils ne sont pas accompagnés d'autres éléments de droit public ». Or, en l'espèce « il n'y a aucune obligation pour les malades d'utiliser l'hôpital » ; et une fois admis, ils « ne sont soumis à aucun pouvoir de contrainte ou de discipline, en dehors des règles domestiques qui existent dans tous les hôpitaux privés. Les interventions médicales et chirurgicales ne peuvent avoir lieu contre leur volonté ».

Et la Cour fédérale de conclure : « Ainsi les hôpitaux publics ne se différencient au fond en rien des hôpitaux privés, abstraction faite du recouvrement des taxes et du caractère d'intérêt général de ces organismes. C'est pourquoi les rapports entre ces hôpitaux et leurs patients sont en principe de droit privé... L'organisation des cliniques universitaires ne présente pas de différences essentielles avec celles des autres hôpitaux publics et le fait que le traitement des malades sert des buts scientifiques n'influence nullement la nature juridique des relations entre la clinique et les patients. »

Bref, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) estime que les indices favorables à la nature de droit privé des rapports juridiques considérés l'emportent sur les indices favorables à leur nature de droit

(33) MOLITOR (E.), *Ueber öffentliches Recht und Privatrecht*, 1949, pp. 52 à 55 ; SIEBERT, « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung », *Festschrift für Niedermeyer* (ce dernier pose la question, mais il ne prend pas nettement parti contre la méthode de l'analyse globale).

(34) WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., p. 69 (dans la critique de la théorie de la « subordination » : *Unterordnung*).

public et la Cour de cassation pense le contraire. Pourquoi ? Il ne semble pas que les hôpitaux soient organisés de façon bien différente dans les deux pays. Ici encore, une seule explication s'offre à nous : la tradition. Traditionnellement en France, les services publics à gestion privée sont des services publics industriels ou commerciaux ; la vieille théorie du service public conserve encore sa vigueur lorsqu'elle est appliquée aux services publics culturels ou sociaux. Tout aussi traditionnellement en Allemagne, les établissements publics à gestion privée sont aussi bien de caractère industriel que de caractère social et la vieille idée de puissance publique-autorité n'a pas perdu toute influence sur les juristes allemands.

III. — LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX ÉTABLISSEMENTS COMMUNAUX.

En Allemagne, le « socialisme municipal » a connu très tôt une grande faveur. Les entreprises de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, les entreprises de transport en commun, enfin les établissements de bains, sont, en général, exploités directement par les communes, sans l'intermédiaire d'une entreprise privée (ou publique) concessionnaire. Aussi la jurisprudence relative aux entreprises communales y est-elle beaucoup plus abondante qu'en France, mais elle n'est pas très différente dans les deux pays : le principe de la soumission au droit privé est largement admis.

A. — *Les établissements de distribution d'eau.*

En droit français, un arrêt du Tribunal des conflits du 14 mars 1914 déclarait, déjà, que « les conventions par lesquelles les communes consentent des concessions d'eau à des particuliers constituent des contrats de droit commun » et qu'en conséquence la compétence juridictionnelle ne saurait être que judiciaire (35). Cette décision a été suivie par toute une série d'arrêts du Conseil d'Etat, dont le dernier date du 15 juillet 1953 (36).

De même, en droit allemand, un jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 13 septembre 1935 déclare qu'en l'espèce « la ville exploite l'installation (de distribution d'eau) comme une entreprise industrielle », que « les contrats relatifs à son utilisation sont de droit privé » et que le litige relatif au paiement des redevances est ainsi un litige civil de la compétence des tribunaux ordinaires (37).

(35) T.C. 14 mars 1914, Vianès, *Rec.*, p. 357.

(36) C.E. 15 juillet 1953, commune de Luzech, *Rech.*, p. 371.

(37) R G Z. 148, 326.

B. — *Les établissements de distribution de gaz et d'électricité.*

En ce domaine, les régies municipales ont été très rares en France : la plupart des entreprises étaient concédées à des particuliers. Depuis les nationalisations de 1946, deux grands établissements publics nationaux : Gaz de France et Electricité de France ont été constitués, et la jurisprudence leur a reconnu le caractère des services publics à gestion privée (38).

En droit allemand, les entreprises municipales de distribution de gaz et d'électricité sont très nombreuses. Aussi est-il important de relever que la jurisprudence range toujours celles-ci parmi les établissements publics à gestion privée. Un jugement de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) du 25 mai 1954, relatif à une entreprise communale de distribution d'électricité, a confirmé cette jurisprudence traditionnelle (39). Il se fonde simplement sur l'existence d'un contrat conclu entre les parties pour déclarer que celles-ci « ont aménagé leurs relations juridiques sur la base de l'égalité et non sur celle de la subordination et qu'elles les ont ainsi soumises aux règles du droit privé » (40).

C. — *Les entreprises de transport en commun (tramways).*

Ici encore, les solutions des deux jurisprudences sont concordantes. Ainsi, un arrêt du Conseil d'Etat, rendu le 15 juillet 1953 (41), déclare que, « lors de l'accident, la (victime) avait la qualité d'usager du service public industriel géré par la Régie municipale des tramways de Béziers..., que le litige né de ce chef entre elle et la Régie, qui se rattache à l'exécution d'un contrat de transport et au fonctionnement d'un service public industriel et commercial, n'est pas de ceux dont il appartient à la juridiction administrative de connaître ».

De même, la Cour constitutionnelle de Bavière (Bayerischer Verfassungsgerichtshof), saisie d'un recours tendant à ce que soit déclaré inconstitutionnel le tarif des tramways munichois, en raison de son caractère discriminatoire, a décliné sa compétence en se fondant sur le caractère de droit privé du tarif (42). Elle motive ainsi sa déci-

(38) C.E. 16 juin 1950, Société Alba La Source, S. 1951.3.72 ; T.C. 24 juin 1954, Guyomar contre E.D.F., D. et S. 1955, J. 544, note AUBY ; J.C.P. 1954.II.354, note DUFAY ; *Cahiers jur.* E.C. 1954, J. 151, note CARRON.

(39) B.G.H. LM. § 13 G.V.G. Nr 26 ; Verw Rspr. Bd. 7, Nr 4.

(40) Ce jugement est l'une des meilleures illustrations de l'idée que nous avons développée au chapitre précédent : les contrats conclus par l'administration avec des particuliers sont, en règle générale, des contrats de droit privé.

(41) C.E. 17 avril 1953, Régie municipale de Béziers, *Rec.*, p. 180.

(42) D.ö.V. 1956, 499.

sion : le tarif n'a pas été qualifié par la ville de règlement administratif, il n'a pas paru dans une publication officielle, il a prévu la compétence des tribunaux ordinaires et il ne se réfère pas aux règlements municipaux. Enfin, la ville n'exerce aucune prérogative de puissance publique et les tramways de Munich ont toujours été gérés sur la base du droit privé.

D. — *Les établissements de bains.*

Un arrêt célèbre du 29 janvier 1932 du Conseil d'Etat (43) a estimé « qu'il résulte des pièces du dossier que la ville de Strasbourg ne gère pas ses grands établissements de bains dans des conditions différentes de celles où fonctionnent des entreprises privées similaires ; que dans l'exploitation de cette régie municipale, elle se trouve donc, vis-à-vis des usagers, dans la même condition qu'un particulier ; que dès lors, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître de l'action intentée par le sieur Kuhn relativement à la réparation des dommages qui lui auraient été causés par les défauts du fonctionnement du service public industriel dont il s'agit ». Un arrêt de la Cour d'Amiens du 5 juin 1935, confirmé par la Chambre des requêtes le 30 mars 1939, adopte le même point de vue (44).

La Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof) de Fribourg en Brisgau a eu l'occasion de connaître d'un litige relatif à une piscine municipale. Celui-ci avait surgit entre elle et l'un de ses usagers à propos de la validité de billets d'entrée ; la piscine soutenait qu'ils étaient périmés et l'usager soutenait le contraire. Dans un jugement rendu le 11 mai 1955 (45), la Cour s'est déclarée incompétente parce que « la demande avait pour objet des relations de pur droit civil ». Dans les motifs, la Cour relève bien que l'installation vise en l'espèce un but d'intérêt public (« il n'en serait pas de même d'un établissement thermal dans une station réputée et fréquentée »), qu'elle est un établissement public sans personnalité juridique, et qu'elle est ouverte à tous les usagers par décision de la municipalité. Mais en l'espèce, il s'agit d'un « établissement public ayant des relations de droit privé avec ses usagers ». En effet, « la ville n'a édicté aucun règlement administratif relatif à la création et au fonctionnement de la piscine. Dans un tel règlement, la ville aurait eu le droit de faire du prix d'entrée une taxe de droit public. Aussi, on peut voir

(43) C.E. 29 janvier 1932, Kuhn, S. 1932.97 ; D.H. 1932.169.

(44) Amiens 5 juin 1935, S. 1936.II.17. Req. 30 mars 1939, Gaz. Pal. 1939.I.897.

(45) D.V. Bl. 1955, 745.

dans l'absence de règlement une forte présomption en faveur du caractère privé des rapports entre l'établissement et ses usagers ; car elle est la manifestation tacite du désir de la ville de ne pas recourir aux procédés du droit public. Enfin, il faut considérer que de nombreuses piscines sont gérées par des entreprises privées, et que les piscines municipales le sont généralement dans les formes du droit privé ».

De cette étude une impression se dégage : en France comme en Allemagne, les entreprises communales de caractère industriel ou commercial sont régies très largement par le droit privé. On notera que l'empire du droit privé n'est même pas limité en Allemagne par le jeu d'une théorie analogue à la théorie française des travaux publics.

CONCLUSION DE LA SECTION

Les juristes allemands estiment généralement que les solutions françaises apportées au problème de la délimitation des droits public et privé sont sensiblement en avance sur les solutions allemandes. Dans ces conditions, il est assez surprenant de constater, comme nous l'avons déjà fait à maintes reprises, que la théorie française des services publics à gestion privée est plus récente que la théorie allemande correspondante. Cette constatation nous amène à poser une question à laquelle il ne nous appartient pas de répondre dans le cadre de cette étude : la théorie française des services publics à gestion privée est-elle apparue seulement en 1920 comme le veut une doctrine largement reçue (46) ? N'avons-nous pas relevé pour notre part des arrêts antérieurs à 1920 par lesquels les tribunaux français acceptaient de soumettre au droit privé l'activité des chemins de fer de l'Etat ou celle des entreprises communales de distribution d'eau (47) ?

(46) Seul le professeur CHAPUS s'est élevé contre elle dans sa thèse : *Responsabilité publique, responsabilité privée*, 1954 : « Lorsqu'en 1921, le Tribunal des conflits remet aux tribunaux judiciaires le soin de juger les actions intentées contre les collectivités publiques à raison de ces services (industriels ou commerciaux), il n'apporte pas la moindre modification à l'état du droit positif » (p. 131).

(47) Voir les références données aux notes 21 et 35.

CHAPITRE IX

LES ACTIVITES DE LA PUISSANCE PUBLIQUE, SOURCE DE RESPONSABILITE

Dans notre étude des origines de la délimitation actuelle entre les activités administratives de droit privé et celles de droit public, nous avons déjà insisté sur les particularités qu'elle présente en matière de responsabilité (1). Il est nécessaire de les rappeler au seuil de ce chapitre.

Tout d'abord, en droit allemand, le contentieux de la responsabilité des collectivités publiques est exclusivement judiciaire : la détermination du droit applicable n'entraîne pas, comme en droit français, celle de la juridiction compétente. Pourtant, il est nécessaire de connaître la jurisprudence judiciaire relative au domaine de la responsabilité publique.

En effet, cette absence de lien entre l'application du droit public et la détermination de la juridiction compétente a précisément permis à la notion de puissance publique de se développer et de s'élargir, à une époque où les juridictions administratives étaient encore mal organisées et où les tribunaux ordinaires hésitaient à renoncer à un large domaine d'application de droit privé. En raison de son caractère très élaboré, cette notion judiciaire de puissance publique exerce

(1) Voir chapitre VI, section II, p. 165.

une influence très nette sur la jurisprudence des tribunaux administratifs relative à la détermination de leur nouveau domaine de compétence. De plus, dans la doctrine, les spécialistes de droit administratif s'y réfèrent souvent lorsqu'ils analysent les notions d'administration de puissance publique et d'acte d'administration (2). C'est pourquoi cette jurisprudence mérite l'étude détaillée que nous lui consacrons. Nous ne devons cependant pas perdre de vue qu'elle ne concerne pas directement le problème de la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux civils.

Le problème de la délimitation du domaine de la responsabilité publique présente une seconde particularité, commune aux droits français et allemand : l'impossibilité de qualifier juridiquement un acte matériel (dommageable) sans analyser dans son ensemble l'activité administrative à laquelle il se rattache, donc la nécessité d'élargir la notion de puissance publique (3).

Ainsi, en droit français, dès l'arrêt Blanco rendu le 8 février 1873, le Tribunal des conflits a employé une notion extensive de la puissance publique, différente de celle impliquée par la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Jusqu'au début du xx^e siècle, n'a-t-on pas admis tout à la fois que l'autorité administrative est seule compétente pour apprécier la responsabilité de l'Etat « en tant que puissance publique chargée d'assurer la marche des divers services administratifs » (4) et « que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents » (5) ? L'avènement des notions combinées de service public et de gestion privée ne devait pas apporter d'importantes modifications à la jurisprudence antérieure.

En droit allemand, la jurisprudence judiciaire s'est également dirigée très tôt vers une conception très large de la puissance publique. Tout d'abord, elle a admis que tous les actes se rattachant à une activité d'autorité devaient être considérés comme exerçant la puissance publique, même si le lien n'était qu'indirect. Plus tard, elle a admis que certaines activités consistant dans la fourniture de prestations au public s'effectuaient tout entières sur le plan du droit public

(2) Par exemple : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 177, note 2 (chapitre consacré à la notion d'acte d'administration) ; VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1956, p. 23 (chapitre consacré aux différents types juridiques d'administrations) ; BENDER, *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, p. 69 (*id.*).

(3) Voir la démonstration développée au chapitre V, p. 166.

(4) Conclusions du commissaire du gouvernement DAVID dans l'affaire Blanco jugée par le Tribunal des conflits le 8 février 1873, *Rec.*, 1^{er} suppl. 61.

(5) C.E. 13 janvier 1899, Lepreux, *Rec.*, p. 18 ; S. 1900.3.1, note HAURIU.

et devaient être également considérées comme « l'exercice de la puissance publique » (*Ausübung der öffentlichen Gewalt*). Récemment (6), la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*) a fait le point de l'état actuel du droit allemand, en disant que l'administration de puissance publique (*hoheitliche Verwaltung*) comprend tout à la fois l'administration d'autorité (*obrigkeitliche Verwaltung*) et l'administration de simple puissance publique (*schlicht-hoheitliche Verwaltung*). Les deux sections de ce chapitre sont consacrées aux deux termes de ce dyp-tique.

SECTION I

L'ADMINISTRATION D'AUTORITÉ

(*obligkeitliche Verwaltung*)

BIBLIOGRAPHIE : aucune.

Par administration d'autorité (*obrigkeitliche Verwaltung*), la jurisprudence allemande entend une activité administrative dont l'objet principal est l'exercice des pouvoirs d'injonction et de contrainte de l'Etat. Les principaux domaines de cette activité sont l'administration fiscale, la police et l'armée.

Etudiant la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat pour son administration, nous mettrons d'abord en lumière le caractère global de la notion d'administration d'autorité, puis nous présenterons l'une des manifestations de ce caractère global : la soumission aux règles de la responsabilité publique des accidents causés par les véhicules qui sont utilisés dans le cadre de l'administration d'autorité.

§ 1. — Le caractère global de la notion d'administration d'autorité.

La notion d'administration d'autorité présente un caractère global en ce qu'elle ne comprend pas seulement les actes qui constituent par eux-mêmes une injonction ou une contrainte, mais aussi les actes qui se rattachent de près ou de loin à l'exercice des pouvoirs d'injonction et de contrainte de l'Etat, quoiqu'ils ne présentent par eux-mêmes aucun caractère autoritaire. L'analyse juridique est ainsi appliquée

(6) *Bundesgerichtshof*, 23 février 1956 in *BGHZ.* 20, 102 ; *NJW.* 1956, 745 ; *D.V Bl.* 1956, 452. Ce jugement est analysé plus loin en détail dans le paragraphe consacré au régime juridique de l'administration des postes, p. 229.

à de grands ensembles ; elle ne s'effectue pas acte par acte. Cette notion d'administration d'autorité est beaucoup plus large que celle d'acte d'autorité employée par E. Laferrière.

C'est très tôt, le 29 octobre 1903, c'est-à-dire à une époque où le droit de la responsabilité publique faisait ses premiers pas, que l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht) s'est engagé dans cette voie (7). En l'espèce, le lien entre l'acte reproché à l'agent public et l'exercice des pouvoirs de contrainte de l'Etat était d'ailleurs assez étroit : à la suite d'une procédure d'exécution forcée sur un débiteur, un huissier (Gerichtsvollzieher) n'avait pas remis au créancier les fonds reçus et il s'était enfui avec eux. Le créancier demandait à l'Etat réparation du préjudice subi. Quoique les rapports entre le créancier et l'huissier ne fussent pas des rapports de subordination, le haut tribunal a admis que le détournement de fonds avait été commis par l'huissier « dans l'exercice de la puissance publique à lui confiée » (in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt).

Les motifs donnés à l'appui de cette décision comprenaient des considérations générales débordant largement le cadre de l'espèce. Les voici : « L'exercice d'un droit de puissance publique ne consiste pas nécessairement dans l'exercice d'un pouvoir de contrainte (Zwang) de l'Etat. Il peut aussi consister dans un acte de protection (Schutz), d'assistance (Fürsorge) de l'Etat. Le même acte qui soumet la volonté d'un individu à l'ordre institué par l'Etat et, par là, à la décision ou à l'injonction de l'agent préposé à sa réalisation, peut être, pour celui qui réclame l'intervention du pouvoir de l'Etat ou pour le public, un acte de protection ou d'assistance. Un tel exercice de la puissance peut se décomposer en une série d'actes de préparation et d'exécution dirigés vers un même but. Mais tous appartiennent à la sphère des activités de l'autorité et de la puissance publiques, même s'ils n'ont pas trait directement à l'exercice de la contrainte. Il apparaît ainsi qu'il est inadmissible d'exclure de l'empire du droit public une manifestation isolée de la puissance publique, parce qu'elle ne présente à elle seule aucun caractère contraignant. »

Ce passage est remarquable par la netteté avec laquelle sont affirmées l'impossibilité d'analyser acte par acte et la nécessité de considérer l'ensemble d'une activité. Désormais, tous les actes ayant un lien plus ou moins étroit avec l'exercice direct de la puissance publique seront considérés eux-mêmes comme des actes de puissance publique au regard du droit de la responsabilité.

Les hypothèses auxquelles ce principe s'applique sont diverses :

(7) R G Z. 56, 84.

un soldat ou un policier décharge ou omet de décharger son arme après avoir terminé son service et il blesse une personne (8) ; un fonctionnaire de l'administration fiscale donne un renseignement erroné, lequel cause un préjudice à l'intéressé (9), etc. Mais l'hypothèse qui présente le plus d'importance en pratique est celle de la conduite des véhicules automobiles affectés à l'exercice d'une activité administrative d'autorité.

§ 2. — La soumission aux règles de la responsabilité publique des accidents causés par les véhicules administratifs.

En droit français, on a longtemps appliqué le droit public aux accidents causés par les véhicules des administrations de puissance publique. Dans l'arrêt Blanco lui-même, le dommage n'avait-il pas été causé par un véhicule, un peu particulier, il est vrai : un wagonnet ? Lorsque se développa la circulation automobile, les juridictions administratives n'hésitèrent pas à revendiquer tout le contentieux des accidents causés par les voitures de l'administration (10). La solution s'imposait d'elle-même, lorsque ces voitures bénéficiaient de privilèges exorbitants du droit commun : voitures accompagnées par la police, cars de police, véhicules des pompiers et convois militaires. Mais la solution s'imposait-elle vraiment lorsque les automobiles de l'administration circulaient dans les conditions du droit commun ? Quoi qu'il en soit, cette solution présentait le grave inconvénient de scinder le contentieux des accidents d'automobiles entre les deux ordres de juridictions. Parfois même, elle pouvait conduire à de véritables conflits de décisions. C'est ainsi que dans la fameuse affaire Rosay, le tribunal judiciaire avait estimé que seul le conducteur du véhicule administratif était responsable, et le tribunal administratif avait jugé que la responsabilité incombait entièrement au conducteur du véhicule privé. C'est pour remédier à cette situation absurde que le législateur dut confier au Tribunal des conflits le jugement des conflits de décisions (loi du 20 avril 1932) (11).

Ce principe de l'application des règles de la responsabilité publi-

(8) Reichsgericht, 24 février 1921 in R G Z. 101, 354 ; Reichsgericht, 21 mars 1921 in R G Z. 102, 1921.

(9) Reichsgericht, 22 mai 1928 in R G Z. 121, 173.

(10) C.E. 26 janvier 1906, Arnoult, S. 1908.3.28 ; C.E. 22 novembre 1918, Vve Blampin, Rec., p. 1044 ; C.E. 25 juillet 1919 ; Guinot, S. 1922.3.53 (cités par M. HAURIOU dans sa note sous l'arrêt C.E. 22 décembre 1924, Société d'assurances mutuelles, « Les Travailleurs réunis », S. 1926.III.1).

(11) T.C. 8 mai 1933, Rosay, S. 1933.3.117.

que et de la compétence administrative en matière d'accidents provoqués par les véhicules administratifs appartient au passé. Une loi du 31 décembre 1957 a en effet décidé : « Par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, les tribunaux d'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque. Cette action sera jugée conformément aux règles du droit civil, la responsabilité de la personne morale de droit public étant, à l'égard des tiers, substituée à celle de son agent, auteur des dommages dans l'exercice de ses fonctions. »

En droit allemand, comme le contentieux de la responsabilité de l'Etat est entièrement judiciaire, l'application des règles de la responsabilité publique aux accidents causés par les véhicules administratifs ne présente pas les mêmes inconvénients pratiques ; elle ne conduit pas à des « scissions de contentieux », comme cela se passait en droit français.

C'est pourquoi la jurisprudence allemande semble n'avoir jamais hésité à considérer la conduite des véhicules administratifs comme un acte de puissance publique. Nous citerons deux jugements de l'ancien Tribunal d'Empire (Reichsgericht), l'un relatif à un camion hippomobile de l'armée, l'autre relatif à un car de police.

Les motifs du premier jugement rendu le 19 septembre 1924 sont ainsi rédigés (12) : « Le soldat conduisait le camion sur un ordre de service pour se procurer de la sciure de bois. D'après les affirmations des parties, il apparaît que la sciure était destinée à l'approvisionnement des forces militaires. Cette occupation était donc en rapport étroit avec la formation et le développement des moyens d'action de l'armée ; elle ne peut en être séparée sans faire violence aux faits de l'espèce. A cause de sa liaison étroite avec ce but, l'activité de service qui a provoqué l'accident doit être rangée parmi les mesures qui servent à l'exercice du pouvoir militaire et par là même à l'exercice de la puissance publique. »

Le jugement rendu le 18 avril 1929 comprend des motifs rédigés de façon plus précise (13). Un car de police qui transportait quarante policiers pour un exercice de tir avait causé un accident. « Incontestablement, l'entraînement au tir de la police ressortit à l'exercice des fonctions publiques, car elle a pour but le perfectionnement des

(12) R G Z. 108, 387.

(13) R G Z. 125, 98 ; R G Z. Auswahl I, 11, p. 56.

policiers dans le tir, ce qui est indispensable à l'accomplissement des tâches de police. Or, c'est en rapport direct avec cette activité qu'a été effectué le transport en commun des policiers vers les stands de tir, aller et retour. Conduire correctement et conformément aux règles relatives à la circulation automobile le véhicule affecté à ce transport constitue une obligation de service, même à l'égard du public circulant sur la route. Conformément à l'article 131 de la Constitution (Reichsverfassung), la responsabilité légale pèse sur la Prusse au lieu et place du conducteur. »

Ces deux décisions démontrent de façon irréfutable l'extension de la notion de puissance publique à tous les actes, même les plus modestes, qui se rattachent à une activité administrative d'autorité. A cet égard, elles évoquent irrésistiblement l'arrêt Blanco et tous les arrêts du Conseil d'Etat relatifs aux services publics traditionnels.

Cependant, certains juristes allemands se sont interrogés sur le bien-fondé de cette solution. La plupart des véhicules administratifs ne circulent-ils pas dans les conditions du droit commun et leurs conducteurs ne sont-ils pas soumis aux mêmes obligations que les autres conducteurs ? Le second jugement répond discrètement à l'objection en déclarant que ces obligations n'en sont pas moins des obligations de service (Amtspflicht), lorsqu'elles incombent aux conducteurs de véhicules administratifs : en cas de violation, la responsabilité de l'Etat doit être engagée selon les règles de droit public (14).

Mais la notion d'exercice de la puissance publique (Ausübung der öffentlichen Gewalt) ne s'est pas seulement étendue à toute l'administration d'autorité (obrigkeitliche Verwaltung), elle s'est même étendue à une partie de l'« administration de prestations » (Leistungsverwaltung), à savoir l'« administration de simple puissance publique » (schlicht-hoheitliche Verwaltung).

(14) Le problème a été de nouveau soulevé après 1945. Voir le jugement de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) du 10 janvier 1955 relatif à la Poste fédérale (Bundespost) : NJW. 1955, 458.

SECTION II

L'ADMINISTRATION DE SIMPLE PUISSANCE PUBLIQUE
(schlicht-hoheitliche Verwaltung)

BIBLIOGRAPHIE : Voir la bibliographie indiquée au chapitre VIII, section II. Sur le régime juridique de l'administration des postes. voir plus particulièrement : BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1950, I, pp. 194-197. — HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1955, I, pp. 497-506.

Primitivement, la petite phrase du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) : « L'exercice d'un droit de puissance publique ne consiste pas nécessairement dans l'exercice d'un pouvoir de contrainte de l'Etat, mais il peut consister aussi dans un acte de protection ou d'assistance de l'Etat » (1) ne visait que les actes qui étaient accomplis dans le cadre de l'administration d'autorité. Ce n'est que peu à peu que le sens de la phrase s'est transformé et qu'elle a visé certaines fournitures de prestations par l'administration.

Parmi les exemples d'« administration de simple puissance publique » (schlicht-hoheitliche Verwaltung), nous en retiendrons deux. L'un est ancien et concerne une activité culturelle de l'Etat : l'enseignement public; l'autre est récent et concerne une activité économique de l'Etat : les Postes.

§ 1. — L'enseignement public.

En droit français, le régime juridique et contentieux de la responsabilité de l'Etat pour les accidents survenus dans l'enseignement public diffère selon que le dommage résulte ou ne résulte pas d'un défaut de surveillance de l'instituteur (1 bis).

Lorsqu'un tel défaut de surveillance est allégué, la réglementation de la loi du 5 avril 1937 s'applique. Selon celle-ci, la responsabilité de l'Etat est simplement substituée à celle de l'instituteur prévue par l'article 1384, alinéa dernier du Code civil. Cette responsabilité obéit ainsi aux règles du droit civil, puisque cette disposition du

(1) Jugement du 29 octobre 1903 (R G Z. 56, 84) analysé *supra*, p. 222.

(1 bis) Voir : DUEZ et DEBEYRE, *Droit administratif*, 1952, pp. 474-476 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 1957, 2^e éd., pp. 515-517 ; VEDEL, *Droit administratif*, I, 1958, pp. 246-248 ; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd., pp. 150-155.

Code civil vise également les instituteurs privés. De plus, elle doit être appréciée par les tribunaux civils.

Lorsqu'aucune faute de surveillance n'est à l'origine du dommage (ce qui est la règle dans l'enseignement supérieur), les principes jurisprudentiels retrouvent leur empire : d'une part, celui de la responsabilité de l'Etat pour les fautes de service, car le caractère de service public de l'enseignement de l'Etat n'est contesté par personne; d'autre part, celui de la responsabilité de l'Etat pour les dommages afférents à un travail public, car le caractère d'ouvrages publics des édifices affectés à l'enseignement public est également incontesté.

En Allemagne, il semble que le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) ait abordé le problème pour la première fois le 9 janvier 1914 (2). Une lycéenne s'était blessée grièvement au cours d'une séance de gymnastique et elle demandait réparation à l'Etat prussien. Dans son jugement, le haut tribunal déclare : « L'expression puissance publique (öffentliche Gewalt) ne doit pas être comprise de façon étroite, c'est-à-dire comme l'exercice de pouvoirs de contrainte... En particulier, l'activité des professeurs (Lehrer), utile à l'intérêt public et régie par le droit public, a été considérée par la loi (sur la responsabilité de l'Etat) comme un exercice de la puissance publique. En effet, dans son § 4, alinéas 1^{er} et 4, le projet de loi posait le principe de la soumission des professeurs aux dispositions de la loi. Les motifs affirment expressément (p. 14) : « Quoique l'enseignement en tant que tel n'ait rien à faire avec le pouvoir de domination de l'Etat, la puissance publique est exercée par les professeurs lorsqu'ils maintiennent la discipline des élèves. » Ainsi, le fait même de dispenser l'enseignement n'a sans doute rien à faire avec les privilèges de l'Etat, mais les autres activités du professeur (Lehrer), notamment les mesures prises dans l'intérêt de la discipline, et plus particulièrement les ordres donnés au cours d'une séance de gymnastique, représentent l'exercice de la puissance publique. Cela n'a pas été contesté au cours des délibérations qui ont eu lieu dans les deux chambres du Parlement de Prusse. Un membre de la Chambre haute a même déclaré expressément que cela allait de soi et il n'a pas rencontré de contradiction. »

C'est donc en affirmant que la notion de puissance publique ne s'identifie pas à celle de contrainte, que le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a étendu le domaine des activités de puissance publique à certaines activités dont l'objet principal est de fournir des prestations. Cependant, il n'a pas osé suivre jusqu'au bout son raisonne-

(2) R G Z. 84, 27.

ment et il a exclu du domaine de la responsabilité publique les dommages causés par l'action d'enseigner elle-même.

Cette restriction ne se justifiait guère et, le Tribunal d'Empire l'a abandonnée à la première occasion. Celle-ci s'est présentée dans l'espèce suivante (3) : au cours d'une expérience de chimie faite devant ses étudiants, un professeur a blessé ou tué plusieurs d'entre eux. L'une des victimes, qui a été amputée d'une jambe, a demandé à l'Etat réparation du préjudice subi. Dans un jugement rendu le 24 mai 1927, le haut tribunal a estimé que le professeur avait agi « dans l'exercice de la puissance publique », quoique l'enseignement lui-même ait été à l'origine de l'accident. Après avoir reproduit textuellement la petite phrase de 1903 : « Par exercice de la puissance publique, il ne faut pas entendre seulement le maniement du pouvoir de contrainte de l'Etat, mais également l'exercice de l'« assistance » (Fürsorge) de l'Etat », il a précisé ainsi sa pensée : « La puissance publique est exercée par toutes les activités d'« assistance » (Fürsorge) que l'Etat entreprend autoritairement (obrigkeittlich). Aussi peu importe que le simple fait d'enseigner n'ait en soi rien à faire avec le pouvoir de domination de l'Etat. »

L'année suivante, le haut tribunal devait aller encore plus loin et soumettre aux règles de la responsabilité publique des activités n'ayant que des liens assez lâches avec l'enseignement public. Dans un jugement du 8 juin 1928, il admit que le dommage causé à un élève au cours d'un concours sportif organisé par des instituteurs et encouragé par le ministère prussien des sciences, des arts et de l'éducation populaire résultait d'une faute commise par un instituteur « dans l'exercice de la puissance publique à lui confiée » (4).

Les motifs de la décision sont ainsi rédigés : « Il y a exercice de la puissance publique, même sans maniement de la contrainte étatique, dans toutes les activités d'assistance (Fürsorge) publique que l'Etat exerce en qualité d'autorité publique (JW 1927, p. 1994). Il n'y a pas d'objection à ranger parmi ces activités l'enrôlement de la jeunesse allemande dans les concours sportifs avec la coopération des instituteurs publics, surtout au regard des deux circulaires du ministre prussien des sciences, des arts et de l'éducation populaire des 22 mai 1923 et 17 mai 1927. Cette activité contribue en effet à l'éducation de la jeunesse, y compris celle de la jeunesse scolaire, laquelle est encouragée par l'Etat. La participation aux concours doit être encouragée financièrement par les écoles, et les écoliers doivent même être tenus d'y participer. Il faut donc admettre sans hésiter

(3) J W. 1927, 1994 (III).

(4) R G Z. 121, 254.

qu'il y a ici exercice de la puissance publique par les instituteurs. »

Ainsi, selon ces motifs, ce qui caractérise une activité de prestation régie par le droit public, c'est : d'une part, le fait que l'Etat assume une tâche qu'il estime lui incomber, et d'autre part, le fait que l'Etat y détient de façon accessoire des pouvoirs d'autorité et de contrainte. On retrouve ainsi le dualisme du droit français, qui utilise concurremment les critères du service public et de la gestion publique.

§ 2. — L'administration des postes.

En droit français, l'administration des postes a toujours été considérée par la jurisprudence comme une administration publique agissant en principe selon les procédés du droit public. Les premières décisions remontent à la Monarchie de Juillet (5). Mais les plus célèbres ont été rendues sous la II^e République par le Tribunal des conflits nouvellement institué, car elles annoncent le fameux arrêt Blanco (6). Sous le Second Empire, la solution de ces arrêts a été confirmée par le Conseil d'Etat, de nouveau juge des conflits, car la théorie de l'Etat-débiteur invoquée par lui ne visait, elle aussi, que l'Etat-puissance publique (7). Au début de la III^e République, le Tribunal des conflits a été réinstallé et il a réaffirmé que l'Etat agissait en tant que puissance publique dans la gestion du service public des postes et il a attribué le contentieux de la responsabilité de l'administration des postes à la juridiction administrative, en invoquant le principe de la séparation des pouvoirs conformément aux décisions rendues sous la II^e République (8).

Cependant cette jurisprudence a perdu une partie de son intérêt. En effet, non seulement certaines lois ont posé le principe de l'irresponsabilité de l'administration des P.T.T. Mais surtout, certaines ont limité forfaitairement sa responsabilité, notamment pour les pertes et les retards apportés à la transmission, et elles ont attribué le contentieux aux tribunaux judiciaires (9).

(5) C.E. (sur conflit), 8 août 1844, Dupart, D.P. 1845.3.3.

(6) T.C. 20 mai 1850 (5 décisions), Manoury et autres, D.P. 1850.3.65 ; T.C. 7 avril 1851, Caillau, D.P. 1851.3.35.

(7) C.E. 9 décembre 1852, Poulet, D.P. 1853.3.21 ; C.E. 6 décembre 1855, Rothschild, D.P. 1859.3.34 ; C.E. 6 décembre 1858, Carcassonne, D.P. 1859.3.35.

(8) T.C. 18 mars 1876, Bory, *Rec.*, p. 296 ; T.C. 4 août 1877, Gaillardon, *Rec.*, p. 830.

(9) Loi 4 juin 1859, article 3 ; Loi 12 juillet 1905, article 2. Sur tous ces problèmes de droit postal, voir les deux chroniques de J.-D. RICARD, directeur honoraire au ministère des Postes, Télégraphes et Téléphones, parues au Dalloz : D. 1949, *Chronique* p. 109 (Postes et télégraphes) et D. 1951, *Chronique*, p. 135 (Téléphones).

Cependant, hormis ces cas, le contentieux de la responsabilité de l'administration des postes est demeuré administratif. Ainsi, dans un arrêt Anguet du 3 février 1911, le Conseil d'Etat apprécie la responsabilité de l'administration pour les dommages causés à un usager dans un bureau de poste (10). Dans un arrêt Capot et Denis du 9 juillet 1948, le Conseil d'Etat se prononce sur la responsabilité de l'administration pour les dommages causés à un tiers par une voiture des P.T.T. (11). On remarquera que dans ces deux arrêts, le Conseil d'Etat s'est prononcé implicitement sur sa compétence, tant cette solution est unanimement admise par tous. L'idée de voir dans l'administration des P.T.T. un service public industriel et commercial à gestion privée ne vient à l'idée de personne (12). Au contraire, en droit allemand, l'administration des postes a été considérée comme un établissement public à gestion privée jusqu'au revirement de jurisprudence de 1938.

I. — LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE A 1938.

L'administration des postes était alors réputée agir dans les formes du droit privé. Sans doute, du point de vue de l'organisation interne, l'administration des postes était-elle un établissement public (öffentliche Anstalt), c'est-à-dire une administration intégrée étroitement à l'Empire et bénéficiant de plusieurs privilèges notamment celui d'employer des fonctionnaires et celui de jouir d'un droit de monopole protégé pénalement.

Mais, dans ses rapports avec les usagers et avec les tiers, la poste d'Empire (Reichspost) était soumise au droit commun. Sans doute, selon le Code de commerce (entré en vigueur en 1900), la poste n'avait pas la qualité de commerçant, comme les chemins de fer d'Empire (Reichsbahn) et son activité n'était pas régie par le droit commercial, mais elle l'était par le droit civil.

Le jugement du Tribunal d'Empire du 15 octobre 1929 (13) était catégorique : « Sans doute la poste poursuit aussi des buts d'utilité générale, mais d'autre part elle vise à procurer des revenus à l'Etat allemand (Reich). Etant donné ce second but, la nature et les modes de cette activité, c'est à juste titre qu'on a l'habitude de considérer que son champ d'activité appartient au droit civil dans la mesure

(10) C.E. 3 février 1911, Anguet, *Rec.*, p. 146 ; S. 1911.3.137, note Hauriou.

(11) C.E. 9 juillet 1948, Capot et Denis, *R D P.* 1948, p. 326.

(12) *Contra* : R.E. CHARLIER, « La notion juridique de service public « industriel ou commercial », *J C P.* 1955, I, 1210, n° 39.

(13) *R G Z.* 126, 28. — Voir aussi Reichsgericht, 19 décembre 1932 *im R G Z.* 139, 150 (quelques passages sont reproduits dans Böhmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, p. 196.

où son exploitation consiste dans la conclusion et l'exécution des contrats portant sur le transport des lettres et des paquets ou celui de l'argent, dans la fourniture d'électricité aux installations téléphoniques et dans des opérations monétaires analogues à celles du commerce bancaire. On a l'habitude de ranger aussi parmi les tâches de droit civil incombant à la poste d'Empire (Reichspost) celle de satisfaire à ses obligations de préserver les tiers et notamment les passants, dans la mesure du possible, des dangers de la circulation sur les voies publiques. » La poste d'Empire (Reichspost) était alors l'exemple type d'établissement public à gestion privée (öffentliche Anstalt mit privatrechlicher Nutzungsordnung).

Cependant, cette jurisprudence a été de plus en plus critiquée par la doctrine. Seuls les auteurs du XIX^e siècle, tel Laband, l'ont approuvée sans réserve. Mais la grande majorité des auteurs du XX^e siècle en ont contesté le bien-fondé. Par exemple, Otto Mayer a rangé la poste parmi les établissements publics à utilisation de droit public (14). De même, Fleiner a écrit : « La poste et le télégraphe sont soumis à une réglementation spéciale de droit public » (15). Walter Jellinek a adopté la même position (16). Enfin, dans un article paru au *Dictionnaire de la science juridique*, un auteur célèbre pour ses études de droit postal a été encore plus catégorique : « Il n'y a aucun rapport avec le droit civil; la théorie du contrat privé de transport est dépassée » (17). Cette attitude de la doctrine explique le revirement de jurisprudence de 1938.

II. — LE JUGEMENT DU TRIBUNAL D'EMPIRE (REICHSGERICHT) DU 13 MAI 1938.

Les faits de la cause étaient très simples : le demandeur avait été blessé par une voiture postale qui distribuait le courrier entre différents bureaux de poste et il demandait à l'Etat réparation du préjudice causé (18).

Contrairement à ses décisions antérieures, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) a jugé que l'exploitation de la poste d'Empire (Reichspost) constituait une activité de puissance publique et que la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par elle devait être

(14) O. MAYER, *Droit administratif allemand*, éd. frse 1906, IV, p. 191.

(15) FLEINER, trad. EISENMANN, *Droit administratif allemand*, 1933, p. 201. (Rappelons que la première édition de Fleiner est de 1911).

(16) JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd., 1931, p. 388 et p. 513.

(17) STAEDLER, « Postrecht » im *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* IV, p. 537 (1927), cité par BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, p. 195.

(18) R G Z. 158, 83.

appréciée selon le § 839 du Code civil combiné à l'article 131 de la Constitution de Weimar et non pas selon les règles du droit commun.

Dans les motifs du jugement, le haut tribunal justifie longuement ce revirement de jurisprudence.

Il pose tout d'abord le problème : « Il ne fait pas de doute que la poste en tant que telle, est d'après son organisation, sa position dans l'Etat et sa structure interne, une administration publique (Reichshoheitsverwaltung) (suit la démonstration)... Mais, comme il est admis par la doctrine et la jurisprudence, cette qualité de la défenderesse n'implique pas nécessairement que toutes les tâches soient imprégnées de puissance publique ni que l'ensemble de son activité soit régi par le droit public et représente l'exercice de la puissance publique... (En effet), toute collectivité publique qui doit assumer des tâches de puissance publique peut se placer sur le plan du droit privé lors de leur réalisation ou lorsqu'elle agit dans ce but... Cela est certainement le cas, lorsqu'en tant que titulaire d'un patrimoine elle effectue des actes de droit privé et qu'elle contracte avec ses partenaires sur un pied d'égalité (le haut tribunal vise ici les actes isolés de gestion privée et cite l'exemple de l'achat de papeterie et de livres par les tribunaux)... De plus, il existe certains groupes d'affaires que les collectivités publiques exploitent afin de satisfaire à leurs tâches de puissance publique, mais qu'elles exploitent à la façon d'un entrepreneur ordinaire. Le fait que ces entreprises servent l'intérêt public ne change rien à cela. »

Le haut tribunal rappelle alors que la poste était jusqu'à présent rangée parmi ces entreprises publiques servant l'intérêt général, mais régies largement par le droit privé. Il remarque d'ailleurs que même dans le cadre d'une telle activité, la collectivité publique peut effectuer quelques opérations de droit public, tel le recouvrement des créances par la voie administrative.

C'est alors que le haut tribunal expose l'argumentation qui le conduit à réexaminer la question du régime juridique de la poste d'Empire : « Mais le fait que l'Empire (Reich) ou une autre collectivité publique exploite une entreprise que pourrait également exploiter un entrepreneur privé, ne suffit pas à placer cette entreprise dans la sphère du droit privé, même si elle doit procurer des bénéfices. Car, en règle générale, ce qui importe surtout, c'est la façon dont son exploitation et ses tâches sont aménagées. L'Empire (Reich) (pour les autres collectivités publiques, seulement dans les limites de leur pouvoir d'organisation) peut, en vertu de son pouvoir d'organisation (Organisationsgewalt), attirer à soi des entreprises qui ont été exploitées jusqu'alors à titre privé et soumises au droit commun, afin

qu'elles servent les intérêts de la communauté et il peut les aménager et les exploiter comme des organismes de puissance publique. Dans la mesure où un tel pouvoir d'organisation existe, il importe de se demander si la structure de l'entreprise et l'aménagement de son exploitation manifestent la volonté de l'administration : celle-ci a-t-elle entendu laisser l'entreprise, dans sa totalité ou sous certains rapports, dans la sphère des activités privées de l'Etat à la façon d'une entreprise privée ou bien a-t-elle considéré son exploitation comme une tâche appartenant à la sphère de ses activités de puissance publique ? »

Après avoir ainsi affirmé la nécessité d'analyser le régime juridique des activités de la poste, le haut tribunal procède à cette analyse.

Il rejette d'abord le principal argument favorable à l'application du droit privé. C'est un argument de texte : d'après la loi qui a organisé la poste d'Empire (Reichspost), les rapports entre l'expéditeur de la lettre et la poste résultent d'un contrat. Or cet argument n'est pas pertinent pour deux raisons : d'une part, la loi qui est invoquée est ancienne et reflète des conceptions qui peuvent être périmées; d'autre part, il existe aujourd'hui des contrats de droit public. Le tribunal ajoute d'ailleurs : il ne faut pas se contenter d'analyser la situation juridique de l'expéditeur d'une lettre, il faut apprécier le régime juridique auquel est soumis l'ensemble de l'activité exercée par la poste d'Empire (Reichspost).

Or, de ce point de vue, les éléments de droit public prédominent nettement : la poste d'Empire (Reichspost) jouit d'un droit de monopole protégé pénalement pour le transport des lettres; elle a l'obligation de transporter les lettres de quiconque le lui demande; enfin elle possède le privilège de pouvoir recouvrer administrativement les taxes qu'elle perçoit.

Le haut tribunal tire alors de son analyse la conclusion suivante : le transport des lettres ne représente pas seulement une activité de puissance publique vis-à-vis des usagers ou des entrepreneurs de transports; il constitue également une activité de puissance publique vis-à-vis des tiers, notamment des passants. « C'est seulement l'ensemble de l'activité de la poste ayant un lien avec le transport des lettres qui peut être considéré comme l'exercice de la puissance publique. Sur ce point, la jurisprudence du Tribunal d'Empire (exprimée dans la décision RGZ 156, 230) doit être maintenue : lorsque la nature d'une mission formant un tout est de droit public, il est inadmissible de la décomposer en diverses actions et de rechercher si chacune d'elles représente la manifestation directe de cette nature. L'ensemble

de l'activité relative à cette mission doit être considérée comme une unité. »

Remarquons, encore une fois, la vigueur avec laquelle est affirmée la nécessité d'une analyse globale, et l'ampleur de la déformation subie par la notion de puissance publique : les fondateurs de l'Ecole du service public ne répudieraient certainement pas une telle argumentation !

Un jugement du 12 juillet 1940 du Tribunal d'Empire a étendu cette nouvelle jurisprudence aux cas où le dommage est causé à un tiers par une voiture postale transportant exclusivement des colis postaux et non plus des lettres (19).

Cependant, cette jurisprudence n'a pas été étendue à la réparation des dommages causés aux usagers de la poste. Plus exactement, dans un jugement du 23 juin 1939 (20), le Tribunal d'Empire a estimé que les rapports entre la poste et ses usagers étaient également des rapports de droit public, mais qu'ils n'en demeuraient pas moins des rapports contractuels. Comme la théorie allemande du contrat de droit public est peu développée (21), les règles de la responsabilité contractuelle de droit privé sont demeurées applicables par analogie, et la juridiction ordinaire est demeurée compétente sur la base de la théorie des litiges civils par analogie (22).

III. -- LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE (BUNDESGERICHTOF) DU 23 FÉVRIER 1956.

Après la guerre, certains juristes allemands ont soutenu que la « publicisation » des activités postales de l'Etat avait eu lieu sous l'influence des conceptions autoritaires de l'époque et ils ont demandé que la jurisprudence antérieure à 1938 soit rétablie (23). La longue préparation doctrinale de ce revirement de jurisprudence montre combien ce reproche était peu fondé.

De fait, dès le 10 janvier 1955 (24), la Cour fédérale (Bundes-

(19) R G Z. 164, 273.

(20) R G Z. 161. 174 (chèques postaux). Voir aussi Reichsgericht 31.8.1937 in R G Z. 155, 333 (téléphones).

(21) Voir le chapitre VI, section II, p. 186.

(22) Voir le chapitre IV, section I, p. 97.

(23) Par exemple, BOEHMER, *Grundlagen des bürgerlichen Rechtsordnung*, I, pp. 196-197. Remarquer aussi que le jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 13 mai 1938 ne figure pas dans la collection des principales décisions du haut tribunal, qui a paru après 1945 (R G Z. « Auswahl I », tome 11).

(24) N J W. 1955, 458. Voir aussi : Oberlandesgericht (Tribunal civil supérieur), Karlsruhe, 21 novembre 1953 in DöV 1954, 318 (sommaires) et N J W. 1953, 1915. Voir également : Bundesgerichtshof, 28 novembre 1955 in B G H. L M. Art. 34 G G., Nr 25.

gerichthof) adoptait la jurisprudence de son prédécesseur et faisait sienne l'argumentation du 13 mai 1938. D'ailleurs, une prise de position contraire aurait été d'autant plus surprenante que l'article 131 de la Constitution de Weimar parlait d'exercice de la puissance publique » (Ausübung der öffentlichen Gewalt) et que l'article 34 de la Loi fondamentale (Grundgesetz), plus compréhensif, parle simplement d'« exercice d'une fonction publique » (Ausübung eines öffentlichen Amtes).

Bien plus, un jugement ultérieur devait étendre l'application du droit public à une autre activité de la poste fédérale (Bundespost). En 1938 et dans les années qui suivirent, le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) ne s'était prononcé que sur le caractère juridique du transport des lettres et des colis postaux. Le 23 février 1956, la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) eut à se prononcer sur le caractère juridique des transports de personnes qui sont assurés par la poste fédérale (Bundespost) (25). Cette question présentait une grande importance pratique, car la poste fédérale assume la quasi-totalité des transports ruraux par route : les cars peints en jaune vif de la « Bundespost » sont présents sur toutes les routes d'Allemagne. Jusqu'alors cette activité traditionnelle de la poste avait été considérée comme une activité « domaniale » (fiskalisch) ayant pour but l'obtention de bénéfices et obéissant aux règles du droit privé. On faisait remarquer que les chemins de fer effectuaient les transports de personnes sur la base du droit privé (26) et que la poste n'était pas bénéficiaire d'un monopole ni soumise à l'obligation de transporter quiconque la requiert. Pourtant la Cour fédérale décida de lui appliquer aussi les règles de la responsabilité publique.

Analysons en détail cette décision qui représente le dernier état de la jurisprudence allemande en matière de responsabilité des collectivités publiques.

La Cour rappelle tout d'abord que la poste représente une partie de l'administration fédérale, conformément à l'article 87 de la Loi fondamentale, et qu'elle dispose donc des prérogatives de puissance publique de la Fédération. C'est à partir de cette constatation que la Cour expose ses conceptions générales sur le droit applicable aux activités d'une personne publique : « Certes toute activité d'une personne publique n'est pas automatiquement exercice de la puissance publique; car toute personne publique peut en tant que Domaine

(25) B G H Z. 20, 102 ; NJW. 1956, 745 (note dans NJW. 1957, 738) ; D V Bl. 1956, 452.

(26) Voir l'analyse du jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) rendu le 6 octobre 1939 (R G Z. 161, 341).

(Fiskus) se placer sur le terrain du droit privé. » La Cour fédérale réaffirme ainsi solennellement le principe traditionnel du droit allemand : une personne du droit public peut tout aussi bien agir selon le droit privé que selon le droit public.

Puis, elle indique le critère de la distinction entre les activités de droit privé et celles de droit public : « Il est admis par la doctrine et la jurisprudence que la distinction entre les activités de droit privé de celle-ci et celles exerçant la puissance publique ne s'opère pas en considérant le but visé par chacune d'elles, mais en considérant la façon dont l'entreprise aménage ses rapports avec les usagers, la façon dont l'entreprise est organisée et celle dont sa mission et ses devoirs sont définis, enfin en recherchant si la volonté de la personne publique est d'accomplir sa mission dans le cadre du droit privé ou de l'accomplir comme une tâche publique. Toutes ces données doivent être appréciées ensemble. »

Le critère choisi n'est donc pas le but visé par l'administration, mais l'aménagement juridique de son activité. Est-ce à dire que la considération du but poursuivi ne joue aucun rôle en droit allemand et que le dualisme français des critères de distinction — but de service public et procédés de droit public — ne se retrouve pas en droit allemand ? Non pas. En effet, la Cour a seulement entendu dire : il ne suffit pas que le but soit un but de service public pour que l'activité dirigée vers ce but soit régie par le droit public, mais il est nécessaire qu'il le soit. Comme en droit français, le but de service public demeure une condition nécessaire de l'applicabilité du droit public. Quant à l'analyse des procédés de droit, la Cour précise qu'elle doit être menée de façon empirique et globale. Trois éléments doivent être considérés : l'aménagement des rapports avec les usagers, l'organisation de l'entreprise et l'intention de la collectivité qui a créé le service, et ils doivent être appréciés « ensemble » ; autrement dit, aucun d'entre eux n'est décisif et seule leur conjonction emporte la décision.

Enfin, la Cour fédérale confirme que la notion de puissance publique déborde le cadre de l'administration d'autorité, et s'étend à certaines activités ayant pour objet principal de fournir aux individus des prestations : « De plus, il est à observer que l'exercice de la puissance publique ne consiste pas seulement dans l'édiction et l'exécution de mesures contraignantes, mais aussi dans la mise en œuvre de mesures de protection et d'assistance publiques. Le contraire de l'administration domaniale (fiskalische Verwaltung) est sans doute d'abord l'administration de puissance publique (hoheitliche Verwaltung), mais celle-ci est, soit administration de simple puissance publique (schlicht-hoheitliche Verwaltung), laquelle four-

nit assistance et protection, soit administration d'autorité (obrigkeitliche Verwaltung), laquelle édicte des ordres et manie les procédés de contrainte et de force » (27).

Après avoir rappelé les fondements théoriques de la jurisprudence judiciaire, la Cour fédérale aborde le problème concret de la nature juridique du transport des personnes par la poste fédérale (Bundespost). Elle évoque tout d'abord la jurisprudence postérieure à 1938 en matière de transport des lettres et colis postaux et elle réfute les deux objections adressées à son extension au cas considéré. La première objection est l'analogie avec le transport des personnes par les chemins de fer fédéraux (Bundesbahn), lequel est régi par le droit privé. Il y est répondu qu'en principe, l'ensemble de l'activité des chemins de fer est régi par le droit privé. La seconde objection est la suivante : le transport des personnes peut aussi être assuré par un particulier. Il y est répondu que l'Etat peut toujours attirer à lui les tâches dont l'accomplissement lui semble d'intérêt public et que d'ailleurs, la poste a, de tout temps, assumé cette tâche.

Puis la Cour fédérale présente les arguments positifs qui justifient sa décision. Elle relève tout d'abord que la poste n'est pas totalement démunie de privilèges en matière de transport de personnes : elle n'est pas soumise aux restrictions imposées au trafic; elle n'a pas besoin d'autorisation étatique pour créer une nouvelle ligne; elle recouvre ses taxes par la voie de la contrainte administrative. De plus, il est relevé que les textes ne parlent jamais de contrats conclus entre la poste et ses usagers... Ensuite, elle insiste sur le fait que la poste ne poursuit pas des fins commerciales; car précisément, la poste s'efforce de desservir les localités désavantagées, sans considération de la rentabilité des différents itinéraires. Enfin et surtout, le lien entre le transport des lettres et l'activité des cars postaux est mis en relief. La Cour relève qu'une tâche importante incombe à ces lignes de cars, celle du transport et de la répartition du courrier; certains cars comportent même une boîte aux lettres. Or la Cour n'a-t-elle pas déjà admis que la conduite d'une voiture postale était une activité de puissance publique, même lorsque la voiture ne transportait par hasard aucun courrier (28) ? Cette même idée doit s'appliquer aux cars postaux, puisque ceux-ci peuvent être, en tous temps, chargés de transporter des lettres.

Aujourd'hui, la totalité de l'activité de la poste fédérale (à l'except-

(27) Nous avons déjà utilisé ce passage du jugement dans le chapitre VI, section II, p. 168. On remarquera que l'expression « administration domaniale » (fiskalische Verwaltung) est employée ici au sens large.

(28) Bundesgericht, 28 novembre 1955. B G H. L M. Art. 34 GG. Nr 25.

tion, bien entendu, des actes isolés de gestion privée) est donc considérée comme une activité de puissance publique. Sa responsabilité, du moins la responsabilité à l'égard des tiers, obéit aux règles de la responsabilité publique.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Ainsi, en matière de responsabilité, le droit allemand est parvenu dès l'entre-deux guerres à élaborer une distinction des activités de puissance publique et des activités de droit privé, très proche de celle du droit français. Les mêmes critères fondamentaux du but de service public et de la gestion privée s'y retrouvent aisément; les résultats pratiques sont assez voisins. Les différences fondamentales opposant les deux droits, ici la prédominance de la considération du but de service public et là-bas l'assimilation entre les activités de droit privé et les activités patrimoniales, appartiennent au passé; elles ne subsistent plus qu'à l'état de vestige.

CHAPITRE X

LES ACTES ET LES RAPPORTS JURIDIQUES RELEVANT DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

En France et en Allemagne, le contentieux administratif comprend, en premier lieu, des litiges portant sur les actes administratifs ou actes d'administration.

En France, ces litiges sont généralement l'objet de recours pour excès de pouvoir, lesquels sont ouverts à tous les intéressés mais ne tendent qu'à l'annulation des actes; ils sont parfois l'objet de recours de pleine juridiction lorsque l'individu lésé dans ses droits réclame, outre l'annulation, la condamnation de l'administration au paiement d'une somme d'argent.

En Allemagne, le contentieux des actes d'administration comprend trois groupes de recours: 1° les actions en contestation (Anfechtungsklagen), qui sont ouvertes aux individus lésés dans leurs droits et qui tendent à l'annulation d'un acte d'administration, et éventuellement à la condamnation de l'administration au paiement d'une somme d'argent; 2° les actions déclaratoires (Feststellungsklagen), qui sont ouvertes aux individus lésés dans leurs intérêts et qui tendent à faire constater la nullité de l'acte d'administration; 3° enfin, les actions en réclamation (Vornahmeklagen), qui sont ouvertes aux individus lésés dans leurs droits par l'absence de décision prise

par l'administration et qui tendent à faire condamner l'administration à agir conformément à ses obligations (1).

A côté de ce contentieux des actes d'administration, un autre contentieux relève des tribunaux administratifs.

En France, ce contentieux est appelé contentieux de pleine juridiction. Très important, il porte principalement sur les contrats et quasi-contrats administratifs, d'une part, sur la responsabilité publique de l'administration, d'autre part.

En Allemagne, comme nous l'avons montré au chapitre III (2), ce contentieux se réduit pratiquement aux litiges entre parties (*Partei-streitigkeiten*), c'est-à-dire à des litiges qui ont pour objet des rapports de droit public entre personnes juridiquement égales.

L'étendue du domaine de compétence de la juridiction administrative allemande dépend ainsi du contenu de deux notions : celle d'acte d'administration et celle de rapport de droit public entre personnes juridiquement égales.

Fait important : les clauses générales de compétence qui reposent sur ces deux notions sont très récentes ; elles ne datent guère que des années 1945-1955. C'est pourquoi les deux notions sont encore aujourd'hui en pleine évolution, voire en pleine élaboration. Nous aborderons leur étude avec la prudence et la circonspection qu'impose une matière aussi mouvante.

SECTION PREMIÈRE

LES ACTES D'ADMINISTRATION (*Verwaltungsakte*)

BIBLIOGRAPHIE : Ouvrages généraux antérieurs à 1945 : MAYER (Otto), *Droit administratif allemand*, éd. frse 1903, I, pp. 119-131 et surtout : *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2^e éd. allemande 1914, I, pp. 95-106 et II, p. 570. — FLEINER, trad. Eisenmann, *Droit administratif allemand*, 1933, pp. 118-119. — JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, pp. 246-247, 408 et 526-529.

Ouvrages généraux postérieurs à 1945 : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 176-183. — WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht*, 1^{re} éd. 1956, pp. 195-201. — Voir aussi : HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953, I, pp. 55-57. — VON TUREGG, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1956, pp. 111-115. — BENDER (B.) *Verwaltungsrecht*, I, 2^e éd. 1956, pp. 94-97.

Monographies : OBERMAYER, *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, 1956 (la première partie de l'ouvrage intitulée « Die Rechtsnatur des Verwaltungsaktes », est importante). — BACHOF (Otto), *Die verwaltungs-*

(1) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 472-474. Voir aussi les développements que nous avons consacrés à ces trois types de recours au chapitre III, section II, p. 78.

(2) Chapitre III, section II, p. 81.

gerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951. — ULE (Carl-Hermann), *Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel*, 1951), paru dans la collection *Recht-Staat-Wirtschaft*, tome 3, pp. 260 et suiv.

En droit français, les notions d'acte d'administration et de recours pour excès de pouvoir sont des notions très anciennes. Etroitement liées l'une à l'autre, elles se sont développées parallèlement depuis les origines de la juridiction administrative. Dès Laferrière, elles ont acquis leur forme classique: depuis, elles ne se sont pas profondément modifiées.

Au contraire, en droit allemand, la notion d'acte d'administration est aujourd'hui encore une notion jeune en voie de développement rapide.

Avant 1945, la délimitation du domaine de compétence de la juridiction administrative n'était généralement pas liée à la notion d'acte d'administration: dans la plupart des Etats, notamment la Prusse et la Bavière, la loi énumérait limitativement les actes de l'administration susceptibles de recours devant les tribunaux administratifs; rares étaient les pays qui avaient adopté le système de la clause générale (*Generalklausel*) (1). A cette époque, la notion d'acte d'administration servait surtout de cadre à la théorie relative à la force exécutoire des décisions administratives.

Depuis 1945, les juridictions administratives sont compétentes pour connaître des recours dirigés contre les actes d'administration quels qu'ils soient: dire qu'une décision administrative constitue un acte d'administration (*Verwaltungsakt*), c'est dire qu'elle est soumise à leur contrôle. La notion d'acte d'administration est ainsi devenue une notion fondamentale en matière de compétence. De plus, dans leur volonté de protéger l'individu aussi largement que possible, les tribunaux administratifs sont portés à étendre la notion afin de contrôler le plus grand nombre de décisions administratives.

C'est pourquoi la notion classique d'acte d'administration est assez largement abandonnée par la jurisprudence administrative des dernières années.

Cependant, ces tendances nouvelles n'ont pas encore fait l'objet d'une synthèse doctrinale. Aussi l'exposé de la notion classique garde aujourd'hui encore tout son intérêt. C'est seulement par rapport à elle que pourront être définies ces tendances nouvelles.

(1) Sur l'histoire des règles de compétence de la juridiction administrative, voir le chapitre III, section I, p. 70.

§ 1. — La notion classique d'acte d'administration.

En droit français, la notion d'acte d'administration susceptible de recours pour excès de pouvoir est demeurée longtemps empirique. Le doyen Hauriou est le premier à en avoir donné une définition théorique dans une formule qui a conservé toute sa valeur : « Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une décision administrative exécutoire et susceptible de faire grief, prise par une autorité administrative contenue dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative » (2). Depuis Hauriou, la notion a peu évolué. Seuls la terminologie s'est modifiée. Aujourd'hui, l'acte administratif est généralement défini comme un acte unilatéral de droit public, en vue de produire un effet de droit, ayant une portée individuelle ou générale et émanant d'une autorité administrative.

En Allemagne, Otto Mayer a construit entièrement sa systématisation du droit administratif allemand sur la notion d'acte d'administration. La définition qu'il a proposée est demeurée célèbre : « L'acte d'administration est un acte d'autorité qui détermine, vis-à-vis du sujet, ce qui pour lui doit être de droit, dans le cas individuel » (3).

Cette définition a été admise par les juristes allemands, du moins dans ses grandes lignes. Ils ne lui ont apporté que des modifications assez restreintes.

Par exemple, ils ont refusé de limiter la catégorie des actes d'administration aux actes portant sur des questions de droit, comme l'exigeait Otto Mayer afin que l'acte d'administration apparaisse comme le pendant de l'acte de juridiction. Ils exigent seulement que l'acte d'administration soit un acte accompli en vue de produire un effet de droit.

D'autre part, les juristes allemands ont réintroduit, dans la définition, un élément formel indispensable : la qualité d'autorité administrative de l'auteur de l'acte.

Fleiner a tenu compte de ces corrections, lorsqu'il a écrit ses *Principes généraux du droit administratif allemand*. Il y définit l'acte d'administration comme « un acte d'autorité accompli en vue d'un résultat de droit par une autorité administrative » (4).

(2) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd. 1927, p. 390. Sur la notion de décision exécutoire, voir aussi pp. 354-365.

(3) OTTO MAYER, *Droit administratif allemand*, éd. frse 1903, I, p. 120.

(4) FLEINER, trad. Eisenmann, *Droit administratif allemand*, 1933 (la première édition allemande date de 1911), p. 118.

Cependant la formule n'est pas complète, elle omet deux caractéristiques de la notion classique de l'acte d'administration: 1° c'est un acte individuel; 2° c'est un acte portant sur un « rapport de sujétion générale » (allgemeines Gewaltverhältnis).

Si nous combinons tous ces éléments, nous aboutissons à l'analyse suivante :

1. L'acte d'administration est un acte d'autorité reposant sur un rapport de sujétion générale;
2. L'acte d'administration est un acte juridique;
3. L'acte d'administration est un acte émanant d'une autorité administrative;
4. L'acte d'administration est un acte de portée individuelle.

I. — L'ACTE D'ADMINISTRATION EST UN ACTE D'AUTORITÉ REPOSANT SUR UN RAPPORT DE SUJÉTION GÉNÉRALE.

En droit français, l'acte administratif est simplement un acte unilatéral de droit public. L'idée de Laferrière d'après laquelle l'acte d'administration est nécessairement un acte d'autorité a été abandonnée lors de l'avènement de l'idée de service public; depuis lors, toute décision de l'administration prise dans le cadre d'une activité de service public est, en principe, un acte d'administration, même si, par elle-même, elle ne constitue pas l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Au contraire, dans la conception allemande classique, l'acte d'administration était avant tout un acte d'autorité, un acte de commandement. Otto Mayer, en particulier, a attaché beaucoup d'importance au fait que l'acte d'administration contenait, comme le jugement d'un tribunal, une manifestation d'autorité et représentait ainsi « une manifestation spéciale de la puissance publique » (5).

Cette conception déniait tout d'abord la qualité d'acte d'administration à toutes les décisions qu'une collectivité publique pouvait prendre dans le cadre d'une activité de droit privé, aussi bien dans l'hypothèse de la gestion du patrimoine financier (Finanzvermögen), que dans celle d'une activité d'intérêt général exercée dans les formes du droit privé, notamment de l'exploitation d'un établissement public à gestion privée (öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung).

(5) Citons Otto MAYER, éd. frse, p. 80 : « Notre droit actuel a créé, pour l'administration, l'idée d'acte d'autorité, idée étrangère au droit ancien. Cet acte ressemble au jugement de la justice. »

Le caractère autoritaire des actes d'administration résultait aussi de l'exclusion de toutes les décisions prises dans le cadre des établissements publics (öffentliche Anstalt). Les actes d'administration se réduisaient alors aux décisions de police, *lato sensu*.

Cette exclusion reposait sur une théorie très curieuse : celle des rapports de sujétion générale (allgemeine Gewaltverhältnisse). Selon celle-ci, deux sortes de rapports pouvaient s'établir entre l'administration et un particulier : soit un rapport de sujétion générale, comme il en existe entre l'administration et ses administrés, soit un rapport où la sujétion de l'individu est particulièrement étroite, par exemple un rapport où l'individu a la qualité de fonctionnaire ou d'usager d'un « établissement public » (öffentliche Anstalt). Les individus qui se trouvaient dans un rapport de sujétion particulière (besonderes Gewaltverhältnis) perdaient leur autonomie juridique et s'intégraient pour ainsi dire à l'administration elle-même. C'est pourquoi les décisions prises par les autorités administratives dans le cadre de ces rapports de sujétion particulière constituaient en quelque sorte des mesures d'ordre intérieur échappant au principe de légalité et ne présentaient donc pas la qualité d'actes d'administration (6).

Cette théorie s'appliquait, en particulier, aux rapports entre les établissements publics (öffentlichen Anstalt) et leurs usagers. A leur sujet, Otto Mayer écrit : « Le régime des rapports entre les établissements publics et leurs usagers sont dépourvus intentionnellement de toute idée de soumission de l'administration au droit. Il ignore la règle de droit et l'acte d'administration. C'est pourquoi les usagers n'ont pas nécessairement de véritables droits subjectifs » (7).

Cette théorie reposait ainsi sur une conception extensive des mesures d'ordre intérieur ; elle présentait d'ailleurs quelques points communs avec la théorie française.

En effet, de même que la théorie française des mesures d'ordre intérieur représente, pour une part, un vestige des conceptions autoritaires du passé, de même la théorie allemande des rapports de sujétion particulière correspondait à une survivance du régime dit de l'Etat de police (Polizeistaat).

Mais de même que la théorie française repose également sur l'idée qu'une mesure d'ordre intérieur ne saurait faire grief aux

(6) Cette théorie qui a un aspect très obscur et énigmatique chez Otto Mayer (éd. frse I, p. 137 ; II, 258 et 305, note 4 ; IV, 17 et 208) est exposée avec beaucoup de soin par le professeur FORSTHOFF, dans plusieurs passages de son traité (*Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 50, 114 et 352).

(7) Otto Mayer, *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. allde II, 284, cité par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 352.

droits d'un individu, de même la théorie allemande reposait sur l'idée que la décision d'un établissement public n'était pas « un acte accompli en vue d'un résultat de droit ». Le refus de considérer la décision d'un établissement public concernant un usager, comme un acte d'administration n'était pas, en effet, sans lien avec le caractère essentiellement juridique de l'acte d'administration.

II. — L'ACTE D'ADMINISTRATION EST UN ACTE JURIDIQUE PORTANT SOIT SUR UN RAPPORT DE DROIT PUBLIC, SOIT SUR UN RAPPORT DE DROIT PRIVÉ.

Comme dans la conception française, l'acte d'administration est nécessairement un acte accompli en vue de produire un effet de droit. Cette exigence est d'ailleurs conforme à la raison d'être de la notion : un simple avertissement, un simple renseignement, un simple souhait ne peuvent constituer ni des décisions exécutoires, ni des décisions annulables.

L'effet de droit que vise l'acte d'administration est entendu d'une façon très large, et il varie selon les cas : l'acte peut ordonner ou défendre; il peut créer, aménager ou supprimer un rapport de droit; il peut constater un fait juridique; il peut authentifier une déclaration, il peut même trancher un litige (8).

Bien plus, et contrairement, semble-t-il, aux conceptions classiques françaises (9), l'effet de droit peut porter sur un rapport de droit privé, sans que ce dernier se « publicise » nécessairement. L'exemple le plus souvent cité par les juristes allemands est celui de l'expropriation. Contrairement à la procédure française, la procédure allemande d'expropriation est purement administrative et ne comporte aucune phase juridictionnelle. L'expropriation peut donc être considérée comme un acte d'administration régi par le droit public, mais ayant pour objet le transfert d'un droit privé, le droit de propriété (10). A l'époque de Weimar, ces interventions de l'administration dans l'ordre juridique privé se sont multipliées; en particulier, l'administration pouvait alors imposer à un particulier la conclusion

(8) Les différents types d'actes d'administration sont présentés en détail par FORSTHOFF, I, 6^e éd., pp. 185-188. Voir aussi WOLFF (Hans, J.), I, 1^{re} éd., pp. 202-203.

(9) Comme nous le montrerons dans le paragraphe suivant, l'institution de l'acte administratif portant sur des rapports de droit privé n'est apparue en France que dans le droit social postérieur à la seconde guerre mondiale.

(10) JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, p. 408. Voir aussi : HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1951, I, p. 73.

d'un contrat de location de logement ou celle d'un contrat de travail avec un individu déterminé.

En raison du caractère fragmentaire du domaine de compétence des juridictions administratives avant 1945, les juristes allemands ont admis que la situation créée par l'acte d'administration était de nature de droit privé; ils permettaient ainsi aux tribunaux ordinaires d'intervenir dans les litiges survenant ultérieurement. Bien entendu, la légalité de cette décision, considérée en tant qu'acte, ne pouvait être appréciée que par les tribunaux administratifs (11).

III. — L'ACTE D'ADMINISTRATION EST UN ACTE ÉMANANT D'UNE AUTORITÉ ADMINISTRATIVE.

Comme en droit français, seuls les actes émanant d'autorités administratives constituent des actes d'administration. Mais la notion allemande d'autorité administrative est très différente de la notion française.

Dans la conception classique française, une autorité administrative est nécessairement l'organe d'une personne de droit public, car seule une personne de droit public peut accomplir des actes administratifs, c'est-à-dire prendre des décisions ayant par elles-mêmes une force juridique accrue. Cette règle est demeurée longtemps incontestée. Certes, il existait de nombreux entrepreneurs qui étaient concessionnaires de services publics, mais ils n'ont jamais reçu compétence pour édicter de tels actes et ils exercent toujours leur activité sur le plan du droit privé : par exemple, quand il est nécessaire qu'un terrain soit exproprié à leur profit, c'est l'administration qui effectue l'opération. Mais, depuis l'arrêt Montpeurt rendu par le Conseil d'Etat le 31 juillet 1942 (13), ce principe n'est plus incontesté. En effet, il a été admis que des organismes de droit privé émettaient des actes administratifs lorsqu'ils exerçaient les prérogatives de puissance publique que la loi leur a confiées. Pour certains juristes français, de tels organismes constitueraient des personnes du droit public et le principe traditionnel serait sauf. Pour d'autres juristes, ils constitueraient des personnes de droit privé et leurs organes des autorités privées; dans cette hypothèse, la décision du Conseil d'Etat serait contraire, tout à la fois, à la tradition et aux textes législatifs

(11) Voir l'étude de cette jurisprudence dans BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I, p. 258-281.

(13) C.E. 31 juillet 1942, Montpeurt, *Rec.*, p. 239 ; S. 1942.3.37, concl. SÉGALAT ; D. 1942.138, concl. SÉGALAT, note BONNARD ; J.C.P. 1942.II.2046, concl. SÉGALAT, note LAROQUE.

consacrant le recours pour excès de pouvoir. Enfin, pour le professeur Eisenmann, ce serait des organismes privés, mais leurs organes constitueraient des autorités administratives; le principe d'après lequel tout acte administratif émane d'une autorité administrative serait sauf; la notion d'autorité administrative aurait été seulement élargie (14).

Cette position du professeur Eisenmann correspond exactement au système allemand : seuls les actes des autorités administratives constituent des actes d'administration, mais un entrepreneur privé ou une personne morale de droit privé peut recevoir le pouvoir d'édicter des actes d'administration, et ses organes sont alors considérés comme des autorités administratives. Les juristes allemands appellent ces personnes privées des entrepreneurs ou des personnes morales attributaires de puissance publique (*beliehener Unternehmer* ou *beliehener Verband*). Cette institution est traditionnelle en droit allemand, quoiqu'elle soit nécessairement très exceptionnelle. L'exemple le plus souvent cité par les juristes allemands est celui des chemins de fer privés à qui la loi confie la police de la voie (15).

IV. — L'ACTE D'ADMINISTRATION EST UN ACTE INDIVIDUEL.

Dans la jurisprudence française, l'acte susceptible de recours pour excès de pouvoir peut être soit un acte de portée générale, soit un acte de portée individuelle. A vrai dire, il n'en a pas toujours été ainsi. Selon Alibert, en effet, « à l'origine, la jurisprudence déclarait non recevables tous les recours formés contre les actes réglementaires et généraux sans exception. Dans une deuxième phase, qui commence vers 1842, elle admet le recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires, à l'exception des règlements d'administration publique »; en 1907, on renonce à cette exception (16).

En droit allemand, les règlements administratifs sont traditionnellement exclus de la catégorie des actes d'administration. Les raisons de cette exclusion sont nombreuses et elles nous semblent pertinentes dans le cadre du droit allemand. Tout d'abord, le régime contentieux des deux catégories d'actes n'est pas le même : les uns

(14) Sur cette querelle, voir Ch. EISENMANN, « L'arrêt Montpeurt : légende et réalité » dans les études en l'honneur d'Achille Mestre, *L'évolution du droit public*, 1956, pp. 221-249.

(15) Sur cette institution, voir surtout parmi les auteurs classiques : JELLINEK (Walter), *Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, pp. 526-529.

(16) R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, p. 67.

ne peuvent être contrôlés qu'à titre incident, les autres peuvent toujours être l'objet d'une action en contestation (*Anfechtungsklage*) (17). Ensuite, leur régime juridique n'est pas le même : en principe, les règlements ne sont pas exécutoires par eux-mêmes; une mesure individuelle d'application doit intervenir. Enfin, d'un point de vue général, il est indéniable que l'administration, en les édictant, fait acte de législation, et non pas acte d'administration. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons traduit « *Verwaltungsakt* » par l'expression « acte d'administration », de préférence à celle d'« acte administratif ».

§ 2. — L'évolution récente de la notion d'acte d'administration.

Depuis 1945, un fait nouveau d'une importance capitale est survenu en Allemagne : désormais, tous les actes d'administration sont susceptibles de recours devant les tribunaux administratifs. Une fonction nouvelle incombe ainsi à la notion : celle de constituer un titre général de compétence pour la juridiction administrative. Elle ne peut être assumée de façon satisfaisante que si la notion perd son caractère étroit.

Cette nécessité explique que certaines lois relatives aux tribunaux administratifs aient défini elles-mêmes les actes d'administration, afin d'éviter toute interprétation restrictive des règles nouvelles de compétence. Ces lois sont l'ordonnance nord-allemande n° 165 et la loi berlinoise. Le § 25 de la première contient la définition suivante : « Un acte d'administration, au sens de cette ordonnance, est toute disposition, injonction, décision ou autre mesure, prise par une autorité administrative pour régler un cas particulier sur la base du droit public... Une autorité administrative, au sens de cette ordonnance, est tout « poste » (*Stelle*) allemand auquel ont été confiées des tâches d'administration publique dans le ressort de cette ordonnance » (18). La simple lecture de cette disposition légale suffit pour constater un élargissement sensible de la notion classique : l'acte d'administration n'est plus défini comme un acte d'autorité, mais comme une mesure prise sur le plan du droit public, et la théorie des rapports de sujétion particulière (*besondere Gewaltverhältnisse*) est volontairement omise.

(17) Sur les raisons de l'absence de recours direct contre les règlements administratifs en Allemagne du Nord, voir nos observations au chapitre III, section II, p. 79.

(18) Le paragraphe 23 de loi berlinoise a un contenu analogue.

La doctrine allemande postérieure à 1945 s'est engagée dans la même voie que la législation. Ainsi le professeur Forsthoff range parmi les actes d'administration « tous les actes unilatéraux de puissance publique (hoheitliche) qui émanent des autorités administratives et qui ont une portée juridique immédiate, à l'exception des actes de législation et de juridiction » (19). Ici également, l'idée d'autorité est remplacée par celle de puissance publique qui doit être entendue en Allemagne dans un sens très large. De plus, le professeur Forsthoff refuse expressément d'exclure de la notion les injonctions qui interviennent dans le cadre des rapports de sujétion particulière (besondere Gewaltverhältnisse) (20).

Enfin, la jurisprudence administrative récente manifeste également une tendance très nette à étendre la notion classique.

Cependant cette extension qui apparaît ainsi dans les domaines législatif, jurisprudentiel et doctrinal ne semble pas porter sur tous les éléments de la notion : les uns évoluent, les autres restent stables.

I. — LES ÉLÉMENTS QUI ÉVOLUENT.

L'acte d'administration cesse d'être un acte d'autorité portant sur un rapport général de sujétion et devient un acte accompli sur le plan du droit public. Par là, il faut entendre non seulement la décision d'un établissement public agissant selon le droit public, mais encore, dans certains cas, la décision d'une administration agissant dans le cadre général du droit privé.

A. — L'extension de la notion

aux décisions des établissements publics à gestion publique (öffentliche Anstalten mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung).

Dans la conception classique, ces décisions n'étaient pas considérées comme des actes d'administration en raison de la théorie des rapports de sujétion particulière (besondere Gewaltverhältnisse).

Comme l'a montré le professeur Forsthoff (21), cette théorie représentait une atteinte d'autant plus grave au principe de la légalité de l'administration que les établissements publics fournissent généralement des prestations nécessaires à toute vie civilisée. Dans un monde

(19) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 183.

(20) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., p. 182.

(21) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd., pp. 116-117.

où l'individu dépend de plus en plus de la collectivité, le droit à obtenir de telles prestations est souvent devenu, pour lui, un droit aussi précieux que la liberté ou la propriété privée. Comme la Constitution de Bonn et les diverses lois relatives aux tribunaux administratifs manifestent nettement la volonté de soumettre le plus largement possible l'administration au contrôle des tribunaux administratifs, le maintien d'une théorie issue du régime de l'Etat de police (Polizeistaat) n'est plus défendable.

C'est pourquoi le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a abandonné cette théorie dans quatre jugements relatifs aux établissements universitaires (22). Ainsi, les tribunaux judiciaires sont maintenant soustraits à la tentation de soumettre largement l'administration au droit privé à seule fin de donner aux individus la protection d'un juge.

Cette nouvelle jurisprudence a été inaugurée par deux jugements rendus le 10 décembre 1954 (23). Pour la première fois, un haut tribunal administratif a accepté d'apprécier la légalité de la décision des autorités d'un collège d'interdire à un élève l'accès à la classe supérieure, dans la première espèce, de renvoyer un élève du collège, dans la seconde.

Le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a justifié ainsi sa décision dans la première espèce : « Un rapport de droit public a été créé par l'entrée de l'élève dans l'école. En principe, tout élève qui est lésé dans l'un des droits découlant de ce rapport, peut saisir les tribunaux administratifs, même si ce rapport coïncide avec un rapport de sujétion particulière (besondere Gewaltverhältnis). L'élève et ses représentants légaux sont soumis aux mesures du « pouvoir d'établissement » (Anstaltsgewalt) qui sont prises dans le cadre du « règlement d'établissement » (Anstaltsordnung). La délimitation entre les actes d'administration susceptibles d'être attaqués devant les tribunaux administratifs, et les mesures du « pouvoir d'établissement » est souvent difficile à opérer. Les raisons pour lesquelles la juridiction d'appel refuse de voir un acte d'administration dans la décision du conseil des professeurs de ne pas admettre un élève dans la classe supérieure ne sont pas convaincantes. En général, l'écolier fréquente l'école non seulement pour apprendre et être éduqué, mais aussi pour la quitter muni d'un diplôme qui a pour lui une valeur juridique en ce qu'il établit qu'il a fréquenté

(22) Ces décisions sont analysées plus loin ; elles sont commentées par FORSTHOFF, I, 6^e éd. 1956, pp. 353-355.

(23) Première espèce : B Verw GE. 1, 270 ; NJW. 1955, 646 ; deuxième espèce : B Verw GE. 1, 263 ; NJW. 1955, 645.

l'école avec succès et qu'il lui ouvre la possibilité d'accéder à une école supérieure ou d'embrasser une profession qui requiert une certaine formation préalable. Lorsqu'un élève n'est pas admis à la classe supérieure à la fin de l'année scolaire, cette décision a généralement pour conséquence de retarder d'une année l'obtention du diplôme. Dans cette mesure, celle-ci ne concerne pas seulement le fonctionnement intérieur de l'école (*Schulbetrieb innerhalb der Anstaltsordnung*), elle affecte aussi la sphère des droits de l'élève... C'est pourquoi elle doit être considérée comme une mesure qui règle un cas individuel sur le plan du droit public au sens du § 25 de l'ordonnance nord-allemande 165, c'est-à-dire comme un acte d'administration attaquant devant les tribunaux administratifs » (24).

On remarquera que la théorie des décisions reposant sur un rapport de sujétion particulière n'est pas abandonnée de façon radicale, sa portée est seulement limitée aux mesures qui ne « font pas grief » pour reprendre une expression du droit français, c'est-à-dire pratiquement aux mesures d'ordre intérieur.

Dans deux jugements ultérieurs, le Tribunal administratif fédéral (*Bundesverwaltungsgericht*) a appliqué cette jurisprudence à la décision des autorités d'un lycée de ne pas admettre un élève et à celle d'un jury d'examen de ne pas délivrer à un candidat le diplôme sollicité (25).

Ainsi, le domaine des actes d'administration ne se limite plus aux seuls actes d'autorité. Il comprend également les décisions prises par les établissements publics (*öffentliche Anstalt*) dans le cadre de ce que la jurisprudence judiciaire appelle « l'administration de simple puissance publique » (*schlicht-hoheitliche Verwaltung*).

D'ailleurs, la notion d'acte d'administration semble même déborder le cadre des activités administratives régies dans leur ensemble par le droit public et s'étendre à certaines décisions prises dans le cadre d'activités administratives régies en principe par le droit privé.

(24) Dans le jugement relatif à la seconde espèce, le haut tribunal se réfère à l'argumentation développée dans le jugement relatif à la première espèce et il conclut que la décision attaquée est un acte d'administration au sens de la loi sud-allemande sur les tribunaux administratifs.

(25) Première espèce : *Bundesverwaltungsgericht*, 29 juin 1957, B Verw G.E., 5, 153 ; deuxième espèce : *Bundesverwaltungsgericht*, 21 janvier 1955, B Verw G.E., 2, 22.

*B. — L'extension de la notion
aux actes détachables de certains contrats de droit privé.*

En droit français, la théorie des actes détachables a tout d'abord été imaginée pour protéger les tiers contre les irrégularités commises lors de la conclusion des contrats de l'administration, qu'ils soient administratifs ou de droit commun; puis, elle a été étendue aux recours formés par les candidats cocontractants et les cocontractants eux-mêmes.

En ce qui concerne les actes détachables des contrats de droit commun, qui seuls nous intéressent, la jurisprudence française est présentée, comme suit, par le commissaire du gouvernement Mosset dans ses conclusions sur l'affaire « Syndicat de la raffinerie de soufre française » (26). En premier lieu, lorsque la décision administrative est une acceptation de contracter, elle est indissociable du contrat à l'égard du cocontractant; mais à l'égard des tiers, elle « présente le caractère d'un acte administratif distinct détachable, contre lequel le recours pour excès de pouvoir est recevable » (27). D'autre part, lorsque la décision administrative est un refus de contracter, elle constitue un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir, tant à l'égard du candidat malheureux (28) que des tiers. Cette jurisprudence a été appliquée aux contrats conclus par les services publics industriels ou commerciaux, notamment les services communaux de distribution d'eau potable et les services du ministère des Finances chargés d'accorder la garantie de l'Etat aux emprunts destinés à financer certains investissements industriels. Elle a été également appliquée aux contrats relatifs à la gestion du domaine privé, afin que

(26) C.E. 26 novembre 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, R.P.D.A. 1955, p. 2 concl. MOSSET ; D. et S. 1955, J. 472., note TIXIER.

(27) C'était précisément l'hypothèse de l'affaire « Syndicat de la raffinerie de soufre française ».

(28) C'était l'hypothèse de l'affaire Tondut jugée le 6 mai 1931 (S. 1931, S. 1931.3..81, note LAROQUE) : « Le sieur Tondut demande l'annulation pour excès de pouvoir... du refus opposé par le maire (de la ville d'Agde) à sa demande d'une nouvelle concession d'eau... il est recevable à déférer au Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la décision implicite par laquelle le maire a refusé de faire droit à sa demande. » Rapprocher de cette affaire l'arrêt Société industrielle pour l'utilisation du béton et du bois, rendu par le Conseil d'Etat, le 18 octobre 1957, qui décide que les fautes alléguées (retard à conclure un contrat de cautionnement) ont « été commises par l'Etat à l'occasion d'actes administratifs unilatéraux indépendants des situations contractuelles régissant les rapports de l'entreprise (demanderesse) avec le Crédit national dans les limites définies par la loi ».

soient sanctionnées efficacement les règles relatives aux adjudications administratives (29).

Une jurisprudence analogue paraît s'ébaucher actuellement en Allemagne.

Elle ne semble pas devoir prendre la même ampleur. En effet, elle n'est pas susceptible de s'appliquer lorsque le requérant est un tiers à la conclusion du contrat; en raison du caractère exclusivement subjectif du contentieux administratif allemand (30), les tiers sont toujours écartés du prétoire. D'autre part, la jurisprudence ne concerne pas, jusqu'à présent, les contrats relatifs à la gestion du patrimoine financier; car, l'administration est censée agir comme un simple particulier, et n'obéir à aucune règle de droit administratif. Encore faut-il noter qu'une évolution semble s'amorcer. Une décision de la Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof) de Hesse rendue le 17 août 1951 (31) mérite à cet égard, attention. Selon celle-ci, en louant la salle des fêtes de la mairie dans les termes du droit civil, une commune n'agit pas en propriétaire ou en entrepreneur privé, mais en tant que puissance publique; la décision de ne plus louer la salle au parti communiste aurait donc constitué un acte d'administration soumis à son contrôle, si, en l'espèce, elle n'avait pas revêtu la forme d'une disposition générale (Allgemein-Verfügung) et n'avait ainsi lésé aucun droit subjectif. Cette décision est demeurée isolée et n'a pas encore fait jurisprudence.

Aussi doit-on considérer que, jusqu'à présent, la théorie des actes détachables n'est employée par la jurisprudence administrative que dans le but de protéger les usagers des établissements publics à gestion privée (öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung).

Lorsque nous avons étudié le régime juridique des rapports entre ces établissements publics et leurs usagers (32), nous avons indiqué qu'ils sont exclusivement régis par le droit privé, alors qu'ils demeurent soumis en France aux grands principes du droit public. En aménageant selon le droit privé leurs rapports avec les usagers, ils échappent totalement à l'empire du droit public.

Depuis que la juridiction administrative a été complètement

(29) C.E. 9 juillet 1948, Bourgade, *Rec.* p. 314; comme le fait remarquer le professeur A. DE LAUBADÈRE dans son *Traité des contrats administratifs*, 1956, III, p. 326, note 5, les plus anciens arrêts de cette jurisprudence sont relatifs à la gestion du domaine privé.

(30) Voir, sur ce point, chapitre III, section II, p. 78.

(31) D V Bl. 1951, 737. Le professeur FORSTHOFF nous a signalé lui-même cette décision qui lui semble annoncer une orientation nouvelle du droit allemand.

(32) Chapitre VIII, section II, p. 204.

réorganisée, de nombreux juristes allemands ont déploré « cette fuite de l'administration vers le droit privé » qui lui permet de se soustraire aux sujétions du droit public. Sans doute, la juridiction judiciaire peut condamner les établissements publics à gestion privée qui abuseraient de leur monopole de fait ou de droit, en refusant arbitrairement de contracter, ou qui imposeraient à l'usager des conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (33). Mais une telle solution est peu satisfaisante. En fait, dans de telles hypothèses, l'établissement exerce une activité d'administration publique dans les formes du droit privé. Le refus de contracter ou la subordination de l'acceptation de contracter à certaines conditions ne constituent-ils pas, de véritables actes d'administration ? La jurisprudence l'a admis à propos de deux activités administratives : d'une part, l'octroi de cautions ou de prêts en vue de l'encouragement à la construction de logements ou d'usines ; d'autre part, la passation de marchés en vue de favoriser le reclassement des réfugiés et exilés (34).

En ce qui concerne les décisions d'octroi de caution ou de prêt, le jugement le plus net est celui du Tribunal administratif supérieur de Münster (Oberverwaltungsgericht) en date du 27 mars 1953 (35). L'administration, défenderesse, avait refusé d'accorder la caution de la Rhénanie-Westphalie aux emprunts bancaires d'un industriel qui désirait exploiter une invention. En appel, le tribunal administratif supérieur de Münster a confirmé la compétence des tribunaux administratifs, quoique le cautionnement fût un contrat de droit privé. Nous citons : « La décision de rejet est un acte d'administration au sens de l'ordonnance nord-allemande 165... En effet, en l'espèce, ce qui est en cause, ce n'est pas le contrat de cautionnement qui était à conclure entre le Land et la banque prêteuse, mais la décision préalable de conclure ou non ce contrat. C'est bien là une décision prise sur le plan du droit public, car disposer des crédits publics votés par le Landtag en accordant sa caution est l'une des tâches

(33) FORSTHOFF, 6^e éd., p. 345. Cette jurisprudence repose sur le § 826 du Code civil (Bürgerliches Gesetzbuch), ainsi rédigé : « Celui qui, d'une manière contraire aux bonnes mœurs, cause à dessein du dommage à autrui, est tenu de réparer le dommage. »

(34) Cette jurisprudence concerne en particulier le régime juridique des subventions. La doctrine allemande s'est beaucoup préoccupée de ce problème. Retenons notamment l'ouvrage du professeur IPSEN (Hans Peter), de Hambourg : *Oeffentliche Subventionierung Privater*, 1956, et la partie VI, consacrée aux subventions, de l'étude du professeur SIEBERT, déjà citée : « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung » dans *Festschrift für Niedermeyer*, 1953.

(35) D V Bl. 1953, 578 ; DöV, 1953, 703 ; Verw Rspr. Bd. 5, Nr 186. Voir aussi la décision de la Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof) de Bade-Wurtemberg (Stuttgart) du 31 mars 1955 relative à un refus de l'administration d'accorder sa caution à un industriel : NJW. 1956, 75.

publiques qui incombent au Land en sa qualité de puissance publique. En prenant cette décision, le Land n'obéit pas à des préoccupations d'économie privée, mais il agit en vue d'encourager l'économie nationale. C'est ainsi que les circulaires précisent que les cautionnements doivent rendre possibles des investissements présentant une importance réelle pour l'économie du Land et qu'elles ne doivent être accordées qu'à des entrepreneurs dont on peut attendre le remboursement avec confiance... » Le tribunal supérieur de Münster en conclut que les tribunaux administratifs sont compétents pour apprécier la légalité de telles décisions.

On est frappé par la nouveauté du thème développé. Le vieux thème de la « puissance publique-autorité » a cédé la place au thème « but de service public », si familier aux juristes français (« disposer des deniers publics constitue une tâche publique » : « elle agit en vue d'encourager l'économie nationale »).

Aussi est-il remarquable que la décision et ses motifs aient été confirmés indirectement par le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) dans une affaire relative à la validité de la clause d'un prêt à la construction. Dans les motifs du jugement, rendu le 12 janvier 1955 (36), n'affirme-t-il pas : « La remise et l'acceptation de deniers publics en faveur de la construction ne constituent pas seulement un acte juridique du droit civil, mais également un procédé du droit public. Les crédits publics ne sont pas inscrits au budget en vue de satisfaire les besoins « domaniaux » (fiskalisch) de l'Etat, mais en vue de remplir des obligations sociales. C'est parce que l'encouragement de la construction de logements présente un intérêt pour la collectivité et qu'il est considéré par l'Etat comme une tâche publique (öffentliche Aufgabe) que les crédits publics ont été ouverts, comme il résulte clairement des § 1^{er} et suivants de la première loi sur la construction des logements de 1950. L'emploi des deniers publics dans ce but est un cas d'administration de puissance publique (hoheitliche Verwaltung), non pas un cas d'administration « domaniale » (fiskalisch) ou commerciale (ertragswirtschaftlich). C'est pourquoi la décision relative à l'octroi de deniers publics en faveur de la construction de logements est un acte d'administration, et non pas seulement une déclaration de volonté du droit civil. Seul le contrat de prêt lui-même, qui repose sur cette décision et la réalise, appartient exclusivement au droit civil. »

Ici, encore, l'idée de service public semble avoir été l'unique considération qui ait justifié la compétence administrative. Cette

(36) B Verw G.E. 1, 308 ; D V Bl. 1955, 258 ; DöV. 1955, 506. Par un jugement du 23 juillet 1958, le Tribunal administratif fédéral a appliqué cette jurisprudence aux prêts, consentis par l'Etat aux réfugiés (B Verw G.E. 7, 180).

décision évoque irrésistiblement certains arrêts du Conseil d'Etat qui utilisent exclusivement le critère du but de service public : l'arrêt Montpeurt du 31 juillet 1942 et l'arrêt Bertin du 20 avril 1956 (37).

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence traduit la volonté de la nouvelle juridiction administrative allemande de développer aussi largement que possible son contrôle sur les activités de l'administration.

Le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a manifesté sa volonté avec encore plus d'éclat en faveur des exilés et réfugiés qui jouissent d'un droit de préférence lors de la conclusion des marchés de l'Etat (38). Le 6 juin 1958, il a jugé que « le rejet d'une demande tendant à obtenir de l'Etat une commande constitue un acte d'administration, lorsqu'il concerne un individu auquel la loi et les règlements reconnaissent une situation privilégiée ». Pour justifier sa décision, le haut tribunal se réfère expressément au jugement que nous venons d'analyser; il rappelle que celui-ci « distingue le contrat de prêt régi par le droit privé et la décision de le conclure qui est un acte de droit public » et que cette distinction est conforme à la théorie des actes détachables (*Zweistufigkeitslehre*, littéralement : théorie des deux degrés) qui s'est développée ces dernières années dans la doctrine, la jurisprudence et même la législation (loi fédérale relative aux constructions de logement). » Considérant la décision de l'administration relative à l'offre de contracter d'un réfugié, le Tribunal administratif fédéral « ne voit aucun obstacle à lui reconnaître un caractère de droit public tout en admettant qu'elle ait des effets de droit privé »; car, en la prenant, l'autorité vise un but de service public et elle applique des dispositions ayant un caractère nettement social; « les cas de cette sorte sont essentiellement différents de ceux dans lesquels l'autorité décide de passer une commande à un entrepreneur en ayant seulement en vue sa mission générale de puissance publique ». On aperçoit le rôle déterminant joué par la considération du but visé : lorsqu'il passe des commandes, l'Etat n'a généralement que des préoccupations d'ordre financier et ses décisions sont des déclarations de volonté du droit privé; mais, si exceptionnellement l'Etat doit obéir à des préoccupations d'un autre ordre lors du choix de ses cocontractants, ses décisions constituent des actes d'administration quoiqu'elles aient des conséquences de droit privé.

(37) C.E. 31 juillet 1942, Montpeurt (références indiquées à la note 13 de cette section). — C.E. 20 avril 1956, époux Bertin, D. 1956.433, note DE LAUBADÈRE ; R D P. 1956, 869, concl. LONG.

(38) B Verw G.E. 7, 89.

Ainsi, dans plusieurs cas, la juridiction administrative admet que le refus de contracter est un véritable acte d'administration. Cette notion a considérablement évolué : l'acte d'administration n'est plus une décision autoritaire fondée sur la sujétion générale des individus, mais une simple décision unilatérale de droit public; parfois même, il est l'acte d'une personne publique « exerçant l'administration dans les formes du droit privé » (42).

II. — LES ÉLÉMENTS DE LA NOTION QUI DEMEURENT INCHANGÉS.

Comme dans la notion classique, l'acte d'administration reste un acte juridique, un acte émanant d'une autorité administrative et un acte ayant une portée individuelle.

Nous n'analyserons pas la jurisprudence administrative relative au caractère individuel de l'acte d'administration, car elle n'intéresse pas directement notre étude. Mentionnons seulement que le caractère juridique des plans d'alignement (Baufluchtlinie) et des plans d'urbanisme (Ortsbebaungsplan) est controversé : sont-ils des règlements administratifs ou sont-ils des actes d'administration ? (43).

Nous analyserons uniquement la jurisprudence relative au caractère juridique de l'acte et celle relative à la qualité de l'auteur de l'acte.

A. — *L'acte d'administration demeure un acte juridique portant soit sur un rapport de droit public, soit sur un rapport de droit privé.*

La figure juridique de l'acte d'administration à effet de droit privé (privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt) est une figure du droit classique allemand. A une époque où la compétence des tribunaux administratifs n'était pas encore générale, elle évitait de soumettre exclusivement aux règles du droit public certaines interventions de l'administration dans la sphère privée des individus et elle permettait ainsi de laisser à la juridiction ordinaire une partie importante de leur contentieux, à savoir le jugement des litiges résultant de la situation créée par l'acte d'administration, et, à leur occasion, la constatation de l'inexistence de l'acte (44).

(42) Expression empruntée au professeur SIEBERT qui l'emploie dans son étude : « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung », *Festschrift für Niedermeyer*, 1953.

(43) Voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., pp. 179-181.

(44) Sur la théorie allemande de l'inexistence des actes d'administration, voir le chapitre V, section I, p. 142.

Aussi était-il légitime de se demander si l'apparition de la clause générale de compétence des tribunaux administratifs ne devait pas entraîner la disparition de cette institution. Il ne le semble pas; à plusieurs reprises en effet, le Tribunal administratif fédéral (*Bundesverwaltungsgericht*) a admis qu'un acte d'administration pouvait porter sur un rapport de droit privé (45). Cette théorie a seulement perdu de son importance en raison de la diminution sensible de l'interventionnisme étatique depuis 1945.

A vrai dire, une telle disparition n'aurait pas manqué d'être quelque peu paradoxale. En effet, la notion est apparue en France depuis 1945. Dans des hypothèses de plus en plus fréquentes, l'administration a reçu compétence pour statuer sur des rapports de droit privé, plus particulièrement en matière sociale : par exemple, en ce qui concerne l'admission au bénéfice du statut des dockers, le reclassement du personnel des anciens organismes de sécurité sociale, l'affiliation à un régime d'allocations familiales, etc. Aussi, à son tour, la jurisprudence administrative française a imaginé la notion d'acte administratif portant sur des rapports de droit privé et elle s'en est servi pour limiter au maximum le domaine de sa compétence.

En effet, selon elle, non seulement la situation créée par l'acte demeure de droit privé, mais encore, chaque fois que la légalité de l'acte dépend de la solution d'une question de droit privé, seuls les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur sa légalité. C'est seulement lorsque la légalité de l'acte dépend d'une question de droit public (« vice propre » de l'acte) que les tribunaux administratifs sont compétents (46). Cependant, la juridiction administrative hésite à s'engager entièrement dans cette voie; la jurisprudence que nous avons exposée n'est pas constante (47).

La juridiction administrative allemande se sert également de cette notion pour laisser aux tribunaux ordinaires un large domaine de compétence. De fait, dans les affaires où le Tribunal administratif fédéral (*Bundesverwaltungsgericht*) s'est trouvé en présence d'un tel acte, il a décliné très souvent sa compétence.

Dans l'affaire jugée le 7 mai 1954 (48), le Tribunal administratif

(45) Ces jugements du Tribunal administratif fédéral sont analysés plus loin.

(46) L'arrêt de principe est l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 février 1954, *Association El Hamidia, Rec.*, p. 77 et J.C.P. 1954.II.8136, avec les importantes conclusions du commissaire du gouvernement MOSSET.

(47) Par exemple, C.E. 20 octobre 1954, *Société nationale de constructions aéronautiques, Rec.*, p. 545, dans lequel le Conseil d'Etat déclare recevable le recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus d'un inspecteur du travail d'autoriser un employeur à licencier un travailleur.

(48) B Verw G.E. 1, 134 ; NJW. 1954, 1858 ; DVBl. 1954, 774. Voir aussi la décision du 8 mars 1957 de ce même tribunal (B Verw G.E. 4, 317).

fédéral a admis l'incompétence des tribunaux administratifs parce que la question soulevée par le litige était une question de droit privé et que les tribunaux civils pouvaient la trancher.

En l'espèce, une décision administrative avait autorisé une association qui était propriétaire de jardins ouvriers à dénoncer le contrat de location conclu avec l'un de ses membres. Ce dernier attaqua la décision administrative devant les tribunaux administratifs en invoquant l'absence de manquements graves à ses obligations de locataire. Saisi d'une demande de révision, le haut tribunal a déclaré que ce moyen pouvait être apprécié également par les tribunaux civils s'ils étaient saisis d'une action dirigée contre la dénonciation du contrat elle-même. Or, un seul ordre de juridictions doit être compétent, afin d'éviter que le plaideur débouté par les tribunaux administratifs puisse s'adresser aux tribunaux civils et obtenir de ceux-ci une décision contraire. Le fait que les défendeurs ne seraient pas les mêmes devant les deux juridictions (l'administration devant le Tribunal administratif, l'association devant le tribunal civil) importe peu. Comme l'autorisation administrative n'est que l'accessoire de la dénonciation du contrat de location, c'est aux tribunaux administratifs à se déclarer incompétents dans le cas présent. Cette argumentation rappelle celle que le Conseil d'Etat a développée dans les arrêts El Hamidia et Deribourg relatifs aux décisions administratives imposant à des employeurs l'affiliation à un organisme privé de sécurité sociale. Elle en diffère cependant par sa plus grande netteté : le souci de ne pas partager un même contentieux y est plus vigoureusement mis en lumière.

Dans la seconde affaire, jugée le 7 juin 1955 (49), le Tribunal administratif fédéral a déclaré que les tribunaux administratifs étaient incompétents pour constater l'inexistence (et non la simple nullité) d'un acte d'administration portant sur des rapports de droit privé.

Dans l'espèce, l'administration avait obligé le propriétaire d'un logement à louer une partie de celui-ci à un individu désigné par elle. Le plaignant avait demandé aux tribunaux administratifs de constater l'inexistence (et non la simple nullité) du contrat forcé de location. Saisi d'un recours en révision, le haut tribunal affirma l'incompétence des tribunaux administratifs pour connaître d'une telle demande. En effet, déclare-t-il, « ou bien on entend par contrat forcé de location le rapport de droit existant entre le preneur et le bailleur; et dans ce cas, la demande en annulation est une demande de droit privé, car la relation de droit fondée par la décision admi-

nistrative est de droit privé; il est en effet aujourd'hui admis que des actes de droit public créent des rapports de droit privé... Ou bien, on entend par contrat forcé de location l'acte d'administration qui a créé la situation litigieuse, et dans ce cas, le plaignant n'a pas d'intérêt à intenter devant les tribunaux administratifs l'action déclaratoire, car l'inexistence peut toujours être invoquée à titre incident devant les tribunaux civils, lesquels sont compétents pour trancher cette question préalable ».

Si la compétence des tribunaux judiciaires est assez large en matière d'actes d'administration portant sur des rapports de droit privé, elle n'est cependant pas exclusive.

Ainsi, dans l'affaire jugée le 28 novembre 1958, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) s'est déclaré compétent pour apprécier la validité d'une décision administrative approuvant le congédiement d'un mutilé par une entreprise privée (49 bis). Il a estimé que le recours ne posait pas seulement une question de droit privé, mais également une question de droit public : en prenant cette décision, l'autorité a-t-elle usé correctement de son pouvoir d'appréciation (Ermessen) ? Une telle argumentation n'est pas sans évoquer la théorie française du vice propre de l'acte. Elle n'est cependant pas identique, car le haut tribunal s'appuie surtout sur le fait que la décision elle-même ne porte pas exclusivement sur des questions de droit privé : l'administration doit en effet considérer l'aspect social de l'affaire et en particulier, elle doit veiller à ce que le congédiement ne porte pas préjudice à l'ensemble des mutilés; seule la juridiction administrative peut assurer le respect de ces obligations.

Dans toutes ces hypothèses, la compétence judiciaire n'en demeure pas moins plus étendue que la compétence administrative.

B. — L'acte d'administration

demeure un acte émanant de l'organe d'une personne publique ou d'une personne privée attributaire de puissance publique (beliehener Unternehmer ou Verband).

En Allemagne, l'institution des personnes privées attributaires de puissance publique a été utilisée de façon effrénée par le régime national-socialiste. Aussi depuis 1945, l'institution est-elle quelque peu

(49 bis) B Verw G.E. 8, 46. En Allemagne, certains emplois de l'industrie privée sont réservés aux mutilés : leur candidature est présentée par l'administration et ils ne peuvent pas être renvoyés sans son accord. Rapprocher la décision allemande de l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 20 octobre 1954, Société nationale de constructions aéronautiques, *Rec.*, p. 545 qui déclare recevable un recours dirigé contre le refus d'un inspecteur du travail d'autoriser un employeur à licencier un travailleur.

discréditée. Certains juristes ont même soutenu qu'elle était devenue inconstitutionnelle, comme contraire à l'article 87, alinéa 3, de la Loi fondamentale d'après lequel seuls des collectivités et des établissements publics fédéraux peuvent assumer les tâches administratives incombant à la Fédération (Bund) (50). Cette opinion n'a pas prévalu. On invoque notamment la définition très large que l'ordonnance nord-allemande n° 165 donne du mot « autorité publique » : « Une autorité administrative au sens de cette ordonnance est tout organe (Stelle = « poste ») allemand auquel ont été confiées des tâches d'administration publique dans le ressort de cette ordonnance, sans considération de son rang hiérarchique ou de son caractère collégial ou individuel » (51). On admet cependant que cette technique doit demeurer exceptionnelle, afin de ne pas être contraire au libéralisme politique et à l'esprit de la Loi fondamentale. De fait, les cas d'application sont assez rares. Dans la jurisprudence administrative postérieure à 1945, nous n'avons relevé que deux exemples (analysés ci-dessous).

Ici encore, une telle disparition n'aurait pas manqué d'être paradoxale, puisque l'institution n'est apparue en France qu'en 1940 et y est demeurée depuis très vivante. Le Conseil d'Etat admet, notamment, que les décisions de police professionnelle prises par les ordres professionnels constituent des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

En droit allemand, les organismes professionnels ne sont plus des personnes privées tributaires de puissance publique comme sous le régime national-socialiste. Mais, dans certains cas, la juridiction administrative utilise encore cette vieille institution allemande.

Ainsi, dans un jugement rendu le 30 juin 1950 (52), le tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht) de Hambourg a considéré que la société concessionnaire du Marché aux poissons de Hambourg était une entreprise tributaire (beliehener) de la police du marché et que le refus de la société d'accorder à un commerçant la carte d'entrée, nécessaire à l'exercice de sa profession, constituait un acte d'administration susceptible d'être attaqué devant les tribu-

(50) Voir l'exposé et la critique de cette opinion dans l'ouvrage du professeur HUBER qui accorde une grande place à cette institution : HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953, I, pp. 533-550. Il entend d'ailleurs l'institution dans un sens beaucoup plus large que celui exposé au texte.

(51) § 25 de l'ordonnance nord-allemande n° 165 (MRVO, Nr 165) ; de même, § 23 de la loi berlinoise sur les tribunaux administratifs (berl. VGG.).

(52) Verw. Rspr. Bd. 3, Nr 23. Noter que le marché aux poissons de Cuxhaven (Hambourg) était déjà cité par Walter JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, 3^e éd. 1931, p. 528) parmi les entreprises tributaires de puissance publique.

naux administratifs. Il est vrai qu'en l'espèce, le capital de la société est entièrement possédé par la ville de Hambourg.

Dans l'affaire jugée le 22 juin 1954 par le Tribunal administratif supérieur (Oberwaltungsgericht) de Münster (53), l'organisme attributaire de puissance publique était une association de droit privé appelée « Association de surveillance technique ». Selon un système qui fonctionne aussi en France, celle-ci est chargée par l'administration d'apprécier l'aptitude des individus à conduire une automobile et de délivrer le permis de conduire qui la constate. Le demandeur, qui avait échoué à son examen, a attaqué la décision de l'examineur devant les tribunaux administratifs. En appel, le tribunal de Münster a déclaré la demande recevable, quoique la décision attaquée émanât de l'organe d'une association privée : celle-ci, en effet, « assume des fonctions régies par le droit public, déléguées par l'administration et ayant des effets de droit public ».

Remarquons, avec le juriste allemand Obermayer (54), que s'il s'agit d'une entreprise ou d'un groupement attributaire de puissance publique, seuls les actes d'autorité sont considérés comme des actes d'administration ; ainsi, la décision d'un organisme privé financé par l'Etat de refuser à un individu le prêt qu'il sollicite ne constitue pas un acte d'administration. En ce domaine, l'acte d'administration demeure un acte d'autorité.

CONCLUSION DE LA SECTION

On admirera l'ampleur prise par le contentieux des actes d'administration qui a été créé voici dix ans. Dans cette construction, la juridiction administrative manifeste un sens remarquable de la mesure, où prudence et dynamisme s'équilibrent harmonieusement : le contentieux administratif de l'annulation a pris un bon départ.

La juridiction administrative a d'ailleurs fait porter tout son effort sur ce contentieux en raison de l'importance du rôle qu'il joue dans la protection de l'individu contre l'Etat et la soumission de l'administration au droit. Aussi a-t-elle quelque peu délaissé l'autre contentieux qui lui revient, celui des litiges entre parties.

(53) NJW. 1954, 1663.

(54) OBERMAYER, *Verwaltungsakt une innerdienstlicher Rechtsakt*, 1956.

SECTION II

LES RAPPORTS DE DROIT PUBLIC
ENTRE PERSONNES JURIDIQUEMENT ÉGALES

BIBLIOGRAPHIE : Etudes de contentieux administratif : EYERMANN-FROEHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2^e éd. (inchangée) 1954, pp. 76-78. — MENDER (Christian-Friedrich), *System des verwaltungsgerichtlichen Schutzes*, 1954, pp. 216-230 (très théorique).

Etudes récentes sur les contrats et quasi-contrats administratifs : FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 157 et pp. 239-247. — WOLFF (Hans J.) *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd. 1956, pp. 186-188. Sur les contrats, voir aussi la bibliographie du chapitre VII, section II (les contrats de droit commun conclus par l'administration).

Seuls les rapports de droit public existant entre les personnes situées sur un pied d'égalité peuvent être l'objet d'un litige-entre-parties (Parteistreitigkeiten).

Comme nous l'avons déjà remarqué, le contentieux de pleine juridiction ne correspond nullement à la notion allemande de litiges-entre-parties. En effet, il comprend principalement trois groupes de recours : 1. les recours en réparation des dommages causés par la puissance publique, lesquels sont en Allemagne de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires; 2. les recours ayant pour objet l'annulation d'un acte d'administration et la condamnation de l'administration au paiement d'une somme d'argent, lesquels appartiennent, en Allemagne, à la catégorie des actions en contestation (Anfechtungsklagen) *lato sensu*; 3. les recours ayant pour objet la validité ou l'exécution d'un contrat administratif; seuls ceux-ci sont susceptibles de constituer des litiges-entre-parties.

Pour se faire une idée exacte des cas où il y a litige-entre-parties (Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts), il est donc nécessaire de partir de la définition qu'en donne la loi sud-allemande : « Les litiges-entre-parties sont des litiges de droit public opposant deux personnes situées sur un pied d'égalité. Deux personnes se trouvent sur un pied d'égalité dans un litige, lorsque ni l'une ni l'autre ne peuvent prendre une décision exécutoire (positive ou négative) relative aux droits et obligations de l'autre partie » (1).

Ces personnes placées sur un pied d'égalité sont généralement deux personnes administratives, dont l'une n'exerce pas de pouvoir de

(1) § 85 südd. VGG.

tutelle sur l'autre; exceptionnellement, l'une est une personne administrative et l'autre, une personne du droit privé. Ces deux hypothèses vont faire l'objet des deux paragraphes suivants.

**§ 1. — Les rapports de droit public
entre deux personnes administratives juridiquement égales.**

Tandis qu'en France les litiges survenant entre deux collectivités ou établissements publics sont toujours résolus administrativement par les autorités détentrices du pouvoir de tutelle, ils peuvent, en Allemagne, être portés devant les tribunaux administratifs.

Le titre invoqué par la personne administrative demanderesse est généralement soit un contrat de droit public, soit un quasi-contrat de droit public.

Quand nous avons étudié les contrats de l'administration au chapitre VII, nous avons montré combien la jurisprudence judiciaire admettait facilement qu'un contrat conclu entre deux collectivités publiques soit un contrat de droit privé. N'avons-nous pas cité un jugement d'après lequel un contrat tendant à partager le produit des impôts entre deux communes était considéré comme un contrat de droit privé ? De fait, dans la jurisprudence administrative postérieure à 1945, nous n'avons relevé que deux affaires portant sur un contrat de droit public conclu entre personnes administratives.

La première a été jugée le 19 juin 1952 par la Cour administrative de Bavière (*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*) (2). Un contrat avait été conclu entre les chemins de fer et la ville de N...; il était relatif à la construction et à l'entretien d'un pont enjambant la gare et reliant les deux sections d'une rue. Le pont avait été détruit par les opérations de guerre et les deux parties se sont querellées sur leurs obligations respectives touchant la reconstruction du pont. Les chemins de fer ont porté plainte devant les tribunaux administratifs. Défenderesse, la ville a interjeté appel et elle a contesté devant la Cour de Munich la compétence des tribunaux administratifs; elle a soutenu que le contrat qui avait été conclu était de pur droit privé. La Cour n'a pas suivi cette argumentation. Selon elle, les obligations qu'impose la loi aux personnes administratives intéressées au croisement d'une voie ferrée et d'une voie publique sont des obligations de droit public. En effet, d'après la loi considérée, les litiges portant sur ces obligations, doivent être jugés par le ministre des

(2) D V Bl. 1952, 627.

transports, c'est-à-dire, depuis l'introduction de la « clause générale », par les tribunaux administratifs. Par conséquent, le contrat qui déroge à ces obligations légales de droit public est un contrat de droit public. Et comme il s'agit d'un litige entre personnes juridiquement égales (l'une ne peut émettre de décision obligatoire à l'encontre de l'autre), les règles propres aux litiges-entre-parties (Parteistreitigkeiten) sont applicables.

Une affaire analogue relative à un contrat conclu entre une ville et les chemins de fer et précisant leurs obligations respectives touchant à l'entretien d'un pont avait déjà été jugée par la cour administrative de Hesse (Hessischer Verwaltungsgerichtshof) le 21 juillet 1950 (3) ; elle s'était prononcée dans le même sens.

Quant aux quasi-contrats de droit public, le plus souvent invoqué est l'enrichissement injuste. C'est ainsi que le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) a confirmé, dans une décision rendue le 9 décembre 1955 (4), la compétence des tribunaux administratifs pour connaître de la demande d'une collectivité territoriale qui avait versé à tort le traitement d'un fonctionnaire aux lieu et place d'une autre collectivité publique. En effet, a-t-il déclaré, il ne fait pas de doute que les deux parties s'affrontent en qualité de collectivités publiques, dépositaires de la puissance publique, et les institutions de la gestion d'affaires et de l'enrichissement injuste existent également en droit public (5).

Enfin, rappelons que tous les litiges portant sur les quasi-contrats administratifs ne sont pas jugés par les tribunaux administratifs, car la jurisprudence judiciaire dite des litiges civils par analogie ou par tradition s'applique souvent à eux (6). Ce contentieux est le principal objet de conflit entre les deux ordres de juridictions et il constitue un domaine où l'état du droit est particulièrement incertain.

(3) Verw. Rspr. Bd. 3 (1951), 306.

(4) D V Bl. 1956, 375.

(5) Voir aussi une décision du Tribunal social fédéral (Bundessozialgericht) qui déclare : « Lorsqu'un organisme de sécurité sociale exige d'une autre collectivité publique (territoriale ou corporative qu'elle remplisse une obligation de droit public (par exemple, verser un secours à un assuré social), il ne peut pas faire valoir sa prétention à l'aide d'un acte d'administration (exécutoire) » ; il doit la faire valoir devant les tribunaux sociaux conformément au § 54 al. 5 de la loi sur les tribunaux sociaux (Soz G G.) : ce litige sera un litige entre parties (Parteistreitigkeit) ; B S G. E. 5, p. 140. Voir également : B S G. E. 5, pp. 127 et 137.

(6) Voir l'exposé de cette jurisprudence au chapitre IV, section I, p. 104.

§ 2. — Les rapports de droit public entre deux personnes, l'une privée, l'autre publique, mais juridiquement égales.

En droit français, il semble que l'administration et l'administré ne s'affrontent jamais sur un pied d'égalité, lorsqu'ils se meuvent sur le plan du droit public. Le contrat administratif lui-même ne suppose-t-il pas, selon Jèze (7), « essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité » ?

En droit allemand, la situation est différente. Certes, pour les juristes allemands plus encore que pour les juristes français, l'inégalité juridique demeure le véritable critère du droit public dans les relations entre l'administration et les particuliers. Mais, l'institution du contrat de droit public est considérée par tous comme faisant échec à ce critère (8). Contrairement au contrat administratif français, le contrat allemand de droit public suppose deux contractants situés sur le même plan.

Dans le chapitre VII consacré aux actes de gestion privée, nous avons montré le caractère très exceptionnel de cette institution; nous avons alors indiqué les trois exemples principaux; les contrats dits d'expropriation (*Expropriationsverträge*) par lesquels l'exproprié cède volontairement son immeuble, évitant ainsi la procédure administrative normale; les contrats relatifs à l'entretien des ponts et des chemins (lesquels sont d'ailleurs rarement conclus entre l'administration et un particulier) et les forfaits conventionnels fiscaux (9).

Enfin, depuis que les tribunaux ordinaires ont admis le principe de la soumission au droit public de l'administration des postes, les rapports entre elle et les usagers sont censés reposer sur des contrats de droit public (10). Mais cette affirmation méconnaît le caractère égalitaire de l'institution allemande du contrat de droit public et a seulement pour but d'éviter les conséquences que devrait logiquement entraîner la nature de droit public de ces rapports. Elle permet, en effet d'une part, de maintenir la règle de la compétence judiciaire sur la base de la théorie des litiges civils par tradition (*Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Ueberlieferung*) et d'autre part, de justifier l'application

(7) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., 1926, III, p. 297 ; cité par FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 243.

(8) Voir FORSTHOFF, I, 6^e éd., pp. 98-99, qui le remarque expressément. Voir aussi FORSTHOFF, I, 6^e éd., p. 243.

(9) Voir chapitre VII, section II, p. 189.

(10) Décisions du Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) des 31 août 1937 et 23 juin 1939 : R G Z. 153, 333 et R G Z. 161, 174. Décision de la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*) du 6 février 1953 : B G H Z. 9,13. Voir aussi le chapitre IX, section II, p. 229.

des règles du droit civil par l'analogie existant entre les contrats de droit civil et ceux de droit public. La majorité de la doctrine allemande s'élève contre cette déformation de la notion germanique de contrat de droit public et l'utilisation abusive de la théorie des litiges civils par tradition (11).

Hormis l'hypothèse du contrat de droit public, il existe quelques cas traditionnels de litiges-entre-parties; ainsi les litiges relatifs aux biens communaux (12). Il faut aussi mentionner les litiges relatifs au caractère public ou privé d'une chose, certains litiges touchant le droit des eaux, le droit de l'assistance publique, le droit ecclésiastique, etc. Quoique l'ordonnance bavaroise d'application de la loi sud-allemande (13) et plusieurs auteurs allemands (14) énumèrent ces cas, il est permis de se demander si la plupart d'entre eux ne relèvent pas aujourd'hui du contentieux des actes d'administration (Anfechtungssachen), car la jurisprudence administrative récente n'en offre aucun exemple.

(11) Notamment, HUBER (E.R.), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd., 1953-54, I, pp. 503-504 et II, p. 596.

(12) Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof) de Munich, 18 juillet 1947, dans NJW, 1947-48, 75. — Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof) de Munich, 11 mars 1948, dans Verw. Rspr. 1. 111. Il est curieux qu'en France, les litiges relatifs aux biens communaux soient tenus pour des litiges civils.

(13) Article 5 de l'ordonnance n° 85 pour l'application de la loi (sud-allemande) sur les tribunaux administratifs du 25 septembre 1946, publiée le 27 septembre 1946 (GVBl., p. 291) et reproduite à la fin de l'ouvrage d'EYERMANN et FROEHLER, *Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 1954 (2^e éd. inchangée), pp. 333 et suiv. En allemand : Verordnung Nr 85 zur Ausführung des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25 sept. 1946.

(14) EYERMANN-FROEHLER *Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 1954, p. 78.

CONCLUSION DE LA III^e PARTIE

Comme l'ont montré les cinq chapitres précédents, les solutions que le droit allemand apporte au problème de la détermination du droit applicable au litige ne diffèrent pas considérablement de celles qu'y apporte le droit français. Cependant nous avons relevé certaines différences qui ne doivent pas être sous-estimées : elles concernent principalement le régime des biens et des contrats de l'administration, d'une part, celui des activités de l'administration consistant à fournir des prestations, d'autre part. Elles semblent résulter d'accidents historiques et devoir s'atténuer.

En droit français, les biens et les contrats de l'administration sont assez largement soumis au droit public; en droit allemand, ils sont très largement soumis au droit privé. Seule l'histoire, avons-nous vu, permet d'expliquer ces différences : ici, les textes napoléoniens accordant aux Conseils de préfecture le contentieux des travaux publics; là, l'absence de juridiction administrative digne de ce nom pendant tout le XIX^e siècle avec pour corollaire, la théorie du Domaine (Fiskus), d'après laquelle tout rapport de droit patrimonial était régi par le droit civil. Le droit français et le droit allemand conserveront-ils chacun leurs traditions dans les années qui viennent ? — Le droit français ne semble pas devoir évoluer sensiblement, mais en droit allemand, une évolution n'est nullement improbable, du moins en ce qui concerne le régime des biens de l'administration. On se rappelle les vives critiques que la doctrine a adressées à la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) parce qu'elle continue d'appliquer le droit privé de la responsabilité aux dommages causés par le mauvais état des voies publiques.

Une autre différence sépare actuellement les droits français et

allemand : elle concerne le régime des activités administratives consistant dans la fourniture de prestations au public. En France, l'activité des services publics à gestion privée n'est pas entièrement soustraite aux règles du droit public : l'usager dispose du recours pour excès de pouvoir lorsque l'accès lui a été refusé illégalement; de même, le régime des biens et des contrats est parfois de droit public. En Allemagne, au contraire, l'activité des établissements gérés selon le droit privé est entièrement soustraite à l'empire du droit public : en particulier, l'établissement n'est pas soumis aux sujétions de puissance publique (égalité des usagers devant le service, continuité du service, etc.). La chose revêt d'autant plus d'importance que ces établissements sont plus nombreux qu'en France, surtout en matière sociale : par exemple, ils comprennent les hôpitaux publics.

On relève d'ailleurs les signes d'une évolution prochaine de ce régime. La doctrine, avons-nous vu, a protesté contre cette soumission exclusive au droit privé. Elle souligne le caractère administratif des tâches assumées par ces établissements et dénonce « la fuite de l'administration vers le droit privé » où domine le principe de l'autonomie de la volonté. Encouragée par la doctrine, la jurisprudence administrative commence à soumettre certaines décisions de ces établissements à leur contrôle; sans doute la tentative a-t-elle des dimensions modestes, mais il est légitime d'y voir l'amorce d'une évolution qui continuera et qui tend à soumettre à un régime juridique mixte l'activité des établissements publics à gestion privée.

Ainsi, les différences entre les solutions françaises et allemandes s'amenuisent de plus en plus. Dans ces conditions, est-il concevable qu'elles s'ordonnent autour de notions générales antagonistes ? Dans un article paru en 1914 dans la deuxième édition du *Dictionnaire de droit public et administratif* de Stengel-Fleischmann, Erich Kaufmann écrivait (1) : « L'opposition fondamentale entre la délimitation allemande et la délimitation française des droits public et privé peut se résumer dans la formule suivante : chez nous, le concept de la puissance publique constitue la notion centrale du droit administratif; en France, c'est le concept de service public. » Avant la première guerre mondiale, une telle formule était approximativement exacte. Aujourd'hui, elle ne l'est plus : en droit français, la notion de gestion privée est venue limiter le rôle de la notion de service public; en droit allemand, la notion de puissance publique s'est tellement élargie qu'elle correspond maintenant à la notion de gestion publique. Enfin, aussi bien en France qu'en Allemagne, la déter-

(1) KAUFMANN (Erich), « Verwaltung und Verwaltungsrecht », article paru dans le *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrecht* de STENGEL et FLEISCHMANN, 2^e édition 1914, tome III, p. 688.

mination du droit applicable au litige s'opère aujourd'hui tantôt acte par acte, tantôt en considérant des activités d'ensemble.

Les droits allemand et français sont ainsi suffisamment proches l'un de l'autre pour que la synthèse imaginée récemment par un juriste allemand, le professeur Siebert, puisse tout aussi bien décrire le droit français que le droit allemand (2). La synthèse est d'ailleurs plus descriptive que normative. Il distingue cinq domaines où s'exerce l'activité de l'administration.

1. Le pur droit privé entre les particuliers. Ici, l'administration peut déjà intervenir (par voie de défense et d'autorisation), mais les intéressés sont et demeurent des personnes privées (3) ;

2. L'activité « domaniale » de l'administration (fiskalische Verwaltung). Ici aussi, en principe, le pur droit privé s'applique; cependant, le Domaine (Fiskus) bénéficie de quelques privilèges (4) ;

3. L'activité administrative dans les formes du droit privé (öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen). Ici, il y a accomplissement de tâches d'administration publique (de service public) : aides, encouragements, protections. Les institutions du droit privé sont simplement des formes : l'administration vise des buts d'intérêt public dans les formes du droit privé. Le droit privé ne demeure pas intact : l'intérêt public transfigure les rapports régis en principe par le droit privé (5) ;

4. L'activité administrative non autoritaire de puissance publique (nicht obrigkeitliche hoheitliche Verwaltung). Ici, l'administration aide, soigne, protège les individus en utilisant les institutions de droit public (6) ;

5. L'activité administrative autoritaire de puissance publique (obrigkeitliche hoheitliche Verwaltung). Ici, l'administration utilise des « procédés de force » (Machtmitteln), à savoir l'injonction et la contrainte pour l'accomplissement de ses fonctions.

Un juriste français ne désavouerait pas une telle présentation du problème du droit applicable aux activités de l'administration, quoiqu'elle recoure à une méthode foncièrement originale.

(2) SIEBERT (Wolfgang), « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Zur Abgrenzung und Verflechtung vom öffentlichen Recht und Privatrecht », article paru dans *Festschrift für Niedermeyer*, 1953.

(3) Voir la jurisprudence relative aux actes d'administration portant sur des rapports de droit privé (privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt), exposée au chapitre X, section I, pp. 245 et 257.

(4) Ces privilèges sont énumérés par le professeur WOLFF (Hans, J.) dans son précis *Verwaltungsrecht*, I, 1^{re} éd., 1956, p. 73.

(5) Voir notamment la jurisprudence relative aux actes d'administration détachables des contrats de droit privé, exposée au chapitre X, section I, p. 253.

(6) Voir notamment la jurisprudence judiciaire relative à l'application des règles de la responsabilité publique, exposée au chapitre IX, section II, p. 226.

CONCLUSION GENERALE

Nous avons choisi pour objet de notre travail le problème de la répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs. Nous avons voulu l'étudier dans le double cadre du droit français et du droit allemand et il nous paraît opportun de dégager, dans cette conclusion, les grandes lignes des observations que nous avons été amené à faire. Mais il nous paraît utile aussi de tenter un dépassement et d'essayer de dégager, par-delà le cadre de ces deux droits nationaux, les questions fondamentales que pose ce problème de répartition des compétences.

SECTION PREMIÈRE

LA COMPARAISON DES SOLUTIONS FRANÇAISES ET ALLEMANDES

Tout au long de nos recherches, une impression très nette s'est imposée à nous, les ressemblances l'emportent nettement sur les différences.

Des deux côtés du Rhin, l'organisation juridictionnelle est caractérisée par l'existence de tribunaux administratifs distincts et autonomes : ici, un Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs juges de droit commun en première instance; là, un Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) et des tribunaux administratifs inférieurs de première instance et d'appel. Dans les deux pays, leur compétence est essentiellement déterminée par la nature du droit

applicable; le contentieux administratif n'a d'autres limites que celles du domaine d'application du droit administratif. Enfin, le problème de la détermination du droit applicable aux litiges est résolu par le même empirisme : la notion française de gestion publique et la notion allemande de puissance publique sont deux notions voisines et toutes deux sont appliquées tantôt à l'ensemble d'une activité, tantôt à un acte ou à une situation juridique déterminée.

En ce qui concerne les options fondamentales, les droits français et allemand apparaissent ainsi très proches l'un de l'autre. Les différences ne portent que sur leur aménagement concret.

Encore faut-il remarquer que plusieurs d'entre elles sont de simples différences d'âge. Par exemple, le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) est loin de jouir du prestige qui entoure le Conseil d'Etat. Pourquoi ? Parce que la création du premier est très récente (1952), tandis que celle du second remonte à plus d'un siècle et demi. On peut espérer que le tribunal allemand saura un jour acquérir une autorité égale à celle du Conseil d'Etat : il a, pour lui, des atouts indéniables, notamment l'indépendance absolue de ses membres; on peut donc penser que le temps effacera ces différences.

De même, le domaine du contentieux administratif est sensiblement moindre en Allemagne qu'en France, en raison des nombreuses séquelles que l'ancienne théorie du Domaine (Fiskus) a laissées dans la jurisprudence judiciaire : litiges civils par tradition, par analogie, certains aspects de la théorie des choses publiques et des contrats de l'administration. Mais ces survivances ont perdu leur raison d'être depuis que les juridictions administratives ont été réorganisées et qu'elles sont compétentes en vertu d'une clause générale. Il n'est pas nécessaire d'être prophète pour prédire leur disparition prochaine.

Il est vrai, cependant, que les droits français et allemand ne sont pas près de perdre leurs particularismes respectifs : certaines oppositions semblent durables. Ainsi, tandis que la France s'en tiendra aux deux ordres de juridictions qu'elle possède, l'Allemagne conservera ses cinq ordres de juridictions et ses tribunaux constitutionnels. De même, la France demeurera fidèle à son système de jugement des conflits d'attribution, tandis que l'Allemagne s'orientera délibérément vers la prévention intégrale des conflits. Très probablement, la juridiction administrative française continuera de juger une importante partie du contentieux de la responsabilité publique et du contentieux des contrats de l'administration. Or, en Allemagne, ces deux contentieux reviendront toujours aux tribunaux judiciaires, soit en vertu d'une longue tradition, soit en vertu du caractère civil du contrat.

Ainsi, en notre matière, les droits français et allemand apparaissent comme deux frères, mais deux frères qui n'ont pas le même âge ni la même forme d'esprit.

Les droits administratifs français et allemand appartiennent-ils donc à un même système juridique ? Selon le professeur J. Rivero (1), un tel système « se définit par la commune formation historique des droits qu'il regroupe, aboutissant à une analogie dans les sources et les catégories fondamentales, au service d'une même idéologie ». Dans la mesure où notre étude a évoqué l'histoire des droits français et allemand depuis le début du XIX^e siècle, dans la mesure où elle a analysé un certain nombre de notions juridiques fondamentales, dans la mesure, enfin, où elle s'est référée plus ou moins implicitement à l'idéologie des deux peuples, elle nous permet de conclure à l'appartenance des deux droits à un seul et même système juridique. On peut même penser que l'unité de ce système tend à s'accroître.

SECTION II

LA RAISON D'ÊTRE DES SOLUTIONS FRANÇAISES ET ALLEMANDES

En France et en Allemagne, une règle ancienne veut que les tribunaux ordinaires chargés de juger les différends entre les citoyens s'abstiennent de contrôler l'action de l'administration; en deçà du Rhin, le principe fut affirmé en termes absolus par les lois révolutionnaires; au-delà du Rhin, le principe fut posé en des termes plus nuancés par les tribunaux ordinaires eux-mêmes. C'est à partir de ces deux principes que les droits français et allemand se sont acheminés par des voies diverses vers un système juridictionnel identique : dans les deux pays, des tribunaux administratifs distincts des tribunaux ordinaires tranchent les litiges où l'administration apparaît en qualité de puissance publique.

C'est à partir de cette répartition des compétences juridictionnelles que les auteurs des deux pays ont dégagé une justification du système qui est regardée comme classique. Selon eux, les activités spécifiques de l'Etat sont radicalement différentes des activités ordinaires des citoyens et des activités de l'administration agissant comme

(1) RIVERO, *Cour de droit administratif comparé*, 1954-55, polycopié, p. 64.

personne privée. Il est donc normal que des réalités sociales aussi différentes n'appartiennent pas au domaine de compétence d'une seule et même juridiction, mais relèvent chacune d'un ordre distinct de juridictions. Parallèlement, il apparaît opportun de ne pas soumettre de telles réalités sociales à des règles de droit uniformes, mais de les soumettre à des règles de droit diversifiées. Ainsi, tandis que les juges ordinaires appliquent le droit commun, les juges administratifs doivent appliquer un droit spécial aux activités de la puissance publique; ce droit doit être d'autant plus original que les activités auxquelles il s'applique présentent elles-mêmes un particularisme plus prononcé.

Selon le schéma classique, la répartition des litiges auxquels donne lieu l'activité de l'administration entre les tribunaux civils et administratifs n'est pas une règle d'intérêt strictement procédural. Elle traduit une réelle opposition tant sociale que juridique entre les diverses activités de l'Etat. Elle correspond à l'opposition entre les activités spécifiques de l'Etat et celles qui ne le sont pas, et à la délimitation entre les domaines de deux droits très différents l'un de l'autre : le droit public et le droit privé.

Or, depuis la première guerre mondiale, les tâches de l'administration ont été complètement transformées. Auparavant, elle n'exerçait guère que deux activités s'opposant nettement, la police et la gestion du patrimoine financier. Depuis, les activités de service public ou de fourniture de prestations se sont multipliées. Ce faisant, l'Etat assume incontestablement des tâches d'administration publique, quoique l'on parle parfois à cette occasion de l'Etat industriel ou commerçant (1). Or, il utilise à cette fin, tantôt les formes d'organisation du droit public, tantôt celles du droit privé : ainsi, en Allemagne, une entreprise communale de distribution d'eau peut tout aussi bien prendre la forme d'un établissement public (öffentliche Anstalt) que celle d'une société à responsabilité limitée (2). Et lorsque l'Etat a choisi une forme d'organisation relevant du droit public, il peut encore aménager ses relations avec les usagers, soit selon le droit public, soit selon le droit privé : par exemple, si l'entreprise communale prend la forme d'un établissement public, elle peut fonctionner, soit sous un régime de droit public, soit sous un régime de droit privé (3).

La distinction entre l'administration régie par le droit public et

(1) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 68 et 307.

(2) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, p. 341 et p. 426.

(3) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 338-339.

l'administration régie par le droit privé ne correspond donc plus à des réalités sociales nettement distinctes.

A vrai dire, ce caractère « interchangeable » (vertauschbar) des régimes de droit public et des régimes de droit privé s'explique par leur tendance à se rapprocher (4). Le droit privé des obligations qui était dominé autrefois par le principe de l'autonomie de la volonté s'est progressivement socialisé. A l'inverse, le droit public qui était dominé par l'idée de supériorité juridique de l'administration s'est progressivement libéralisé : l'administration est de plus en plus liée dans son action par tout un réseau de normes. Ainsi sur le plan même du droit, la distinction de l'administration régie par le droit public et de l'administration régie par le droit privé a perdu une partie de son importance, et partant, le problème de la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et civils.

Faut-il en déduire que l'existence de tribunaux administratifs distincts des tribunaux civils est condamnée par l'évolution future des droits français et allemand ? Nous ne le croyons pas. En effet, jusqu'à présent, les droits public et privé se rapprochent, mais ils ne se confondent pas et ils demeurent distincts. La nécessité de juridictions spécialisées subsiste. Mais ces juridictions spécialisées doivent-elles conserver leur autonomie ? La répartition des compétences entre elles serait plus facile à réaliser dans le cadre d'un ordre unique de juridictions. Certains juristes allemands et français appellent de leurs vœux cette transformation. L'avenir lui appartient, semble-t-il.

Est-elle dès aujourd'hui réalisable et opportune ? Nous ne le pensons pas. Le particularisme actuel du Conseil d'Etat français et le caractère récent du contentieux administratif allemand s'y opposent. Bien plus, il semble qu'aujourd'hui encore des tribunaux administratifs autonomes soient plus aptes à développer au maximum le contrôle juridictionnel de l'administration. C'est seulement lorsque ce contrôle aura atteint toute la perfection désirable que l'autonomie des tribunaux administratifs aura perdu sa raison d'être : ils devront alors se transformer en simples tribunaux spécialisés au sein de la juridiction ordinaire. Le droit français, frère aîné du droit allemand, devrait s'engager le premier dans cette voie. Mais le droit allemand, plus jeune, dépassera peut-être son aîné pour lui montrer le chemin.

(4) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, I, 6^e éd. 1956, pp. 338-339.

Vu,
*Le Doyen de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de Paris,*
Membre de l'Institut :
J. HAMEL.

Vu,
Le Président de la thèse :
J. RIVERO.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Président du Conseil de l'Université,
Membre de l'Institut :
J. SARRAILH.

DOCUMENTATION GENERALE

I. — BIBLIOGRAPHIE

Aucune monographie importante n'est consacrée à notre sujet.

Mentionnons cependant les œuvres de deux spécialistes du droit privé :

1. BOEHMER (Gustav), *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1950, 3 tomes. La troisième partie du tome premier est intitulée : « Privatrecht und öffentliches Recht, Rechtsweg und Verwaltungsweg », pp. 157 à 295. Quoique cette étude ait veilli, elle nous a été d'un très grand secours.

2. SIEBERT (Wolfgang). Deux articles de ce professeur méritent d'être mentionnés. L'un constitue l'introduction du grand commentaire du Code civil allemand de SOERGEL ; la référence exacte est : SIEBERT in SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8^e éd., tome 1, 1952, pp. 2 à 33 ; il donne une vue d'ensemble des questions que nous avons traitées dans notre seconde partie (nombreuses références bibliographiques et jurisprudentielles pour l'époque antérieure à 1950).

L'autre article a paru dans les *Mélanges* offerts au professeur Niedermeyer ; la référence exacte est : SIEBERT (Wolfgang), « Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Zur Abrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht », in *Festschrift für Niedermeyer*, 1953 ; cet article renouvelle les problèmes que nous avons exposés dans notre troisième partie.

Notre bibliographie générale a donc principalement pour objet :

1. De présenter les divers ouvrages généraux que nous avons utilisés.
2. D'indiquer les diverses collections juridiques que nous avons employées.

A. — LES OUVRAGES GENERAUX

Les traités et manuels de droit administratif allemand ne comportent pas de chapitre dans lequel seraient regroupés tous les problèmes relatifs au domaine de compétence de la juridiction administrative. Ces problèmes se trouvent donc traités dans les divers chapitres relatifs à la responsabilité de la puissance publique (Staatshaftung), au dédommagement de droit public (Enteignung et Aufopferung), au contrat de droit public (öffentlich-rechtlicher Vertrag), aux choses publiques (öffentliche Sachen), aux établissements publics (öffentliche Anstalten), aux actes d'administration (Verwaltungsakte), etc.

Tous les traités antérieurs à la réforme des tribunaux administratifs, c'est-à-dire pratiquement tous les ouvrages parus avant 1950, ne présentent plus qu'un intérêt historique. Cependant leur lecture est très souvent indispensable à la compréhension des solutions du droit administratif d'aujourd'hui.

1. — *Ouvrages antérieurs à la réforme des juridictions administratives.*

- a) **MAYER** (Otto), *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 tomes, 1^{re} éd. 1895, 2^e éd. 1914, 3^e éd. 1924. L'auteur lui-même l'a traduit en français sous le titre : *Le Droit administratif allemand*, édition française par l'auteur, préface de H. BERTHÉLEMY, 4 tomes, 1903.

Comme le traité d'Edouard Laferrière en France, celui d'Otto Mayer est à la source de toute la doctrine contemporaine. Pour la première fois, une méthode « purement juridique » (rein juristische Methode) a été appliquée au droit administratif et un exposé synthétique en a été présenté. Depuis Otto Mayer, c'est en se fondant sur ses théories ou en réaction contre elles que les auteurs allemands construisent leurs propres systématisations.

Cet ouvrage doit être consulté avec beaucoup de prudence par le juriste français. En effet, non seulement les institutions qu'il décrit ont beaucoup évolué depuis sa parution, mais surtout elles n'ont jamais correspondu au droit positif de son époque. Ainsi, le domaine d'application qu'il attribuait au droit public était certainement plus étendu qu'il ne l'était en réalité. De même, ses théories du domaine public (öffentliches Eigentum) et de l'indemnisation de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung) étaient de pures créations de son esprit. C'est donc essentiellement un ouvrage théorique ; c'est même précisément pour cette raison qu'il est encore lu et médité de nos jours par tous les juristes allemands.

Avant de l'écrire, Otto Mayer avait composé un ouvrage de droit administratif français (il fut professeur à Strasbourg à l'époque de l'annexion) : *Théorie des französischen Verwaltungsrecht*, 1886. Cela explique qu'il ait été profondément influencé par la doctrine française antérieure à Laferrière.

- b) **FLEINER** (Fritz), *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1 tome, 1^{re} éd. 1911, 8^e éd. 1928. L'ouvrage a été traduit par le professeur Charles EISENMANN sous le titre : *Les Principes généraux du droit administratif allemand*, 1933 (le texte correspond à la 8^e édition allemande).

Juriste suisse, Fleiner a professé pendant de longues années le droit administratif allemand à Heidelberg. Son œuvre a beaucoup contribué au développement de certaines théories imaginées par Otto Mayer, notamment celle d'acte d'administration (Verwaltungsakt) et celle d'établissement public (öffentliche Anstalt). Son œuvre décrit également les transformations du droit administratif allemand qui s'amorcent entre les deux guerres : le recours de l'administration aux formes du droit privé, la théorie du dédommagement de droit public (Enteignung et Aufopferung).

- c) **JELLINEK** (Walter), *Verwaltungsrecht*, 1^{re} éd. 1927, 3^e éd. 1931, 1 tome, 572 p.

Professeur à Heidelberg, Walter Jellinek, fils de Georg Jellinek, a exposé le droit administratif de l'entre-deux-guerres. Pour la première fois, la volonté de décrire le droit positif et la jurisprudence l'emporte sur l'imagination créatrice. Les chapitres consacrés à la théorie de l'acte d'administration (Verwaltungsakt) sont très fouillés.

- d) **PETERS** (Hans), *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949.

Intéressant pour la partie consacrée au droit administratif spécial.

e) NEBINGER (Robert), *Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil*, 1949.

Selon l'auteur, l'étude de la juridiction administrative appartient au droit administratif spécial ; elle est donc absente de son manuel, qui est exclusivement consacré au droit administratif général.

2. — Ouvrages postérieurs à la réforme des juridictions administratives.

a) FORSTHOFF (Ernst), *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, allgemeiner Teil* (tome I, partie générale) 1^{re} éd. 1949, 6^e éd. 1956, 500 p.

Le professeur Forsthoff, qui occupe à l'Université de Heidelberg la chaire de droit administratif où s'illustrèrent précédemment Fleiner et Walter Jellinek, est le chef de file incontesté de la doctrine allemande contemporaine.

La lecture attentive de son traité est indispensable à tout juriste français désireux d'étudier un problème du droit administratif allemand. La richesse de la langue et la densité de la pensée en font un ouvrage difficile à lire, mais très attachant.

Ce qui le caractérise, c'est principalement le double souci de la continuité historique et de l'évolution nécessaire du droit. Perspectives historiques et vues d'avenir y abondent. Les perspectives historiques sont souvent très développées ; elles constituent d'excellents guides pour la lecture des ouvrages antérieurs à 1945. Quant aux vues d'avenir, elles permettent de deviner la direction dans laquelle s'oriente ce droit très mobile qu'est le droit allemand.

Conformément à la tradition juridique allemande, les problèmes théoriques y sont étudiés de façon approfondie et l'analyse critique de la jurisprudence occupe une place plus modeste que dans les ouvrages français. Cependant, on sent chez l'auteur un goût très vif pour les problèmes concrets et certains passages du traité sont de véritables commentaires de jurisprudence.

(Noter que cet ouvrage n'étudie que le droit administratif « général » : les théories de la fonction publique et de la police sont, en particulier, exclues).

b) WOLFF (Hans J.), *Verwaltungsrecht, I*, 1^{re} éd. 1956, 1 tome, 302 p.

Ce précis est destiné principalement aux étudiants. L'extrême abstraction des premiers chapitres déconcerte le juriste français, mais les derniers chapitres (consacrés aux actes d'administration, aux choses publiques et à l'indemnisation de droit public) sont remarquables par leur netteté et leur rigueur. L'auteur est professeur à l'Université de Münster.

c) VON TUREGG (décédé), *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1^{re} éd. 1950, 3^e éd. 1956, 1 tome, 430 p.

L'ouvrage, très agréablement présenté, contient de nombreuses références jurisprudentielles et étudie l'ensemble du droit administratif, y compris le droit administratif spécial. L'auteur était juge au Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) et maître de conférences (Privatdozent) à Cologne.

d) BENDER (Bernd), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^e éd. 1956, 1 tome, 202 p.

Ce petit précis, œuvre d'un avocat de Fribourg-en-Brisgau, est remarquablement clair. C'est un excellent livre d'initiation pour le juriste français.

e) HUBER (Ernst Rudolf), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^e éd. 1953-54, 2 tomes (802 pages et 910 pages). La première édition, parue en 1932 était très différente et beaucoup plus réduite.

Par la personnalité de son auteur et l'ampleur de ses deux tomes, l'ouvrage n'intéresse pas seulement le droit économique. Aisé à lire, l'ouvrage analyse de

façon approfondie la plupart des notions fondamentales du droit administratif : actes d'administration, personnes publiques, établissements publics, expropriation, inexistence des actes d'administration. De façon générale, le professeur Huber tend à revendiquer pour le droit public un domaine d'application plus grand qu'il n'est en réalité.

B. — COLLECTIONS JURIDIQUES

1. — *Recueil de décisions jurisprudentielles.*

a) Recueils officiels.

1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R G Z), de 1880 à 1945.
 2. Entscheidungen des Bundesgerichtshofn in Zivilsachen (B G H Z), depuis 1952.
 3. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (B Verw G E.), depuis 1955.
- Les tomes qui paraissent ne sont pas annuels ; on les cite par leur numéro.

b) Recueils privés.

1. Nachschlagwerk der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Dr Lindenmaier und Möhler (B G H. L M).
2. Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Verw. Rspr.), herausgegeben von Ziegler, depuis 1949 (les décisions sont citées par le numéro du tome).

2. — *Recueils de lois.*

a) Recueils officiels.

1. Reichsgesetzblatt (R G Bl.), 1871-1945.
2. Bundesgesetzblatt (B G Bl.), depuis 1949.

b) Recueils pratiques.

1. Verfassung- und Verwaltungsgesetze, begründet von Sartorius, 20^e éd. 1956 (Sartorius).
2. Öffentliches Recht, Forsthoff, 1956 (Forsthoff, Gesetzessammlung).

3. — *Revue.*

a) Revues juridiques non spécialisées dans le droit public.

1. Juristische Wochenschrift (J W.), 1871-1945 ; Neue Juristische Wochenschrift (N J W.), depuis 1947.
2. Deutsche Juristenzeitung (D J Z.).
3. Deutsche Richterzeitung (D R Z.).
4. Monatsschrift für Deutsches Recht (M D R.), depuis 1946.
5. Betriebsberater (B B.), depuis 1946.
6. Zeitschrift für Zivilprozess (Z Z P.).

b) Revues juridiques spécialisées dans le droit public.

1. Archiv des öffentlichen Rechts (A ö R, ou Arch öff R.), depuis 1886.
2. Preussisches Verwaltungsblatt (Pr Verw Bl.), 1878-1927 ; Reichsverwaltungsblatt (R Verw Bl.), 1927-1945 ; Deutsche Verwaltung (D V.), 1948-1950 ; Deutsches Verwaltungsblatt (D V Bl.).
3. Die öffentliche Verwaltung (D ö V.), depuis 1947.

4. — *Travaux de congrès.*

1. Verhandlungen des deutschen Juristentages, depuis 1860.
2. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVD St R L.), depuis 1924.

II. — CARTOGRAPHIE

Les trois cartes que nous reproduisons ont pour objet de montrer comment se répartissent les tribunaux sur le territoire de la République fédérale allemande.

Les deux premières cartes ont trait à l'organisation respective des tribunaux civils et des tribunaux administratifs. La première indique les villes où siègent les diverses juridictions civiles : Cour fédérale (Bundesgerichtshof : Karlsruhe), tribunaux civils supérieurs (Oberlandesgerichte : Stuttgart, etc.), tribunaux civils (Landgerichte : Heidelberg, etc.). La deuxième indique les villes où siègent les diverses juridictions administratives : Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht : Berlin), tribunaux administratifs supérieurs (Oberverwaltungsgerichte : Münster, etc. ; Verwaltungsgerichte : Koblenz, etc. ; Verwaltungsgerichtshofe : München, etc.), tribunaux administratifs (Verwaltungsgerichte : Düsseldorf, etc. ; Bezirksverwaltungsgerichte : Trier, etc. ; Landesverwaltungsgerichte : Augsburg, etc.). Cette carte indique de plus les ressorts respectifs des six lois nouvelles relatives aux tribunaux administratifs : ancienne zone américaine (Brême, Hesse, Bavière), ancienne zone britannique (Schleswig-Holstein, Hambourg, Basse-Saxe, Rhénanie-Westphalie), Rhénanie-Palatinat, Bade-Wurtemberg, Sarre et Berlin ; les limites de ces ressorts sont représentées par des lignes formées de tirets alternant avec des points.

La comparaison de ces deux cartes montre que les tribunaux civils sont plus nombreux et donc plus proches du plaideur que les tribunaux administratifs ; ce fait est d'autant plus remarquable que les litiges administratifs peuvent être examinés par trois juridictions successives comme les litiges civils. De plus, la comparaison des cartes souligne une différence déjà relevée : la procédure civile est codifiée tandis que la procédure administrative contentieuse est régie par six lois différentes, dont le domaine d'application est limité à un ou plusieurs Länder.

La troisième carte est relative aux tribunaux fédéraux supérieurs (obere Bundesgerichte) ; elle indique les villes où siègent ceux-ci : Karlsruhe (Tribunal constitutionnel fédéral, Cour fédérale), Berlin (Tribunal administratif fédéral), Kassel (Tribunal fédéral du travail, Tribunal social fédéral) et München (Cour fédérale des finances). Cette carte représente également l'organisation politique de l'Allemagne : elle indique les capitales de la République fédérale et les frontières des divers Länder.

La carte relative aux tribunaux fédéraux et même celle relative aux tribunaux administratifs illustrent la tendance des législateurs allemands à installer les juridictions en dehors des capitales politiques : aucun tribunal fédéral ne siège à Bonn et plusieurs juridictions administratives d'appel, à savoir celles de Lüneburg, Kassel et Mannheim, ne siègent pas dans la capitale politique de leurs Länder (sur la carte, les capitales politiques sont soulignées d'un trait).



B. — *Tribunaux administratifs.*

— BERLIN : Tribunal administratif fédéral.

— en majuscules : tribunaux administratifs supérieurs.

— en minuscules : tribunaux administratifs.



C. — Tribunaux fédéraux.

ADDENDA

La loi fédérale du 21 janvier 1960 relative aux tribunaux administratifs (Verwaltungsgerichtsordnung).

Une fois de plus, le droit allemand a manifesté sa vitalité. Depuis l'achèvement de cet ouvrage, un événement législatif important est survenu : le 21 janvier 1960, a été promulguée une loi portant codification de la procédure administrative contentieuse ; elle entre en vigueur le 1^{er} avril 1960 (1).

A quelques détails près cette loi est identique au projet gouvernemental qui est analysé dans cet ouvrage (2). Cependant il est utile de présenter rapidement l'économie de ce texte qui apporte à la juridiction administrative l'unité de réglementation qui lui faisait tant défaut : désormais, les six lois relatives aux tribunaux administratifs des divers Länder et celle relative au Tribunal administratif fédéral sont remplacées par une loi unique, celle du 21 janvier 1960 (3).

En ce qui concerne l'organisation des tribunaux administratifs, la loi a consacré le principe selon lequel le procès administratif comporte trois instances : première instance devant un tribunal administratif (Verwaltungsgericht), appel devant un tribunal administratif supérieur (Ober-

(1) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21.1.1960 (BGBl. I, 17).

(2) Sur l'organisation des tribunaux administratifs, voir pp. 27, 30, 31 et 33 ; sur la procédure de répartition des compétences, voir p. 58 ; sur le domaine de compétence des tribunaux administratifs, voir pp. 83 et 104.

(3) Le professeur C.H. ULE a analysé les principales dispositions de cette loi dans la revue *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl. 1960, 1) ; il doit publier prochainement un commentaire d'environ 600 pages intitulé « Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar ».

verwaltungsgericht) et révision devant le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht). La mise en œuvre de ce principe est même particulièrement systématique. En effet, non seulement les juridictions d'appel ne sont plus jamais compétentes en premier et dernier ressort (4), mais encore le tribunal administratif fédéral devient presque exclusivement une juridiction de révision : il ne demeure compétent en premier ressort que pour juger les recours dirigés contre le gouvernement fédéral en matière d'informations et en matière diplomatique et consulaire (5). Par ailleurs, la loi demeure fidèle à la participation de magistrats à titre honorifique (ehrenamtliche Richter) aux délibérations des juridictions administratives inférieures ; elle permet même au législateur local d'étendre cette institution aux juridictions d'appel (6). A cet égard, les différences s'accroissent entre le droit français et le droit allemand.

En ce qui concerne la *procédure de répartition des compétences*, la loi adopte à son tour le système qui était déjà applicable aux tribunaux du travail et aux tribunaux sociaux (7). Désormais, les déclarations de compétence et les déclarations d'incompétence des tribunaux administratifs ont l'autorité de la chose jugée comme celles des tribunaux civils ; ainsi sur le plan des conflits de compétence, la juridiction administrative devient pour la première fois l'égale de la juridiction judiciaire et, en particulier, le tribunal administratif fédéral devient le rival de la cour fédérale (Bundesgerichtshof). C'est certainement sur ce plan que le bouleversement apporté par la loi est le plus grand (8).

Enfin, en ce qui concerne le *domaine de compétence des tribunaux administratifs*, la loi apporte des précisions et des simplifications importantes. En premier lieu, le caractère général de la compétence de ces tribunaux est affirmé avec netteté par le § 40, al. 1 qui leur attribue la connaissance de tous les litiges de droit public qui ne sont pas de nature constitutionnelle et qui ne relèvent pas d'une autre juridiction (9) ; ainsi leur compétence ne se limite plus jamais à deux types de recours fussent-ils très importants (10). En second lieu, la jurisprudence des litiges civils par tradition est abolie du fait que désormais seuls des textes législatifs peuvent déroger au principe de la compétence générale des tribunaux administratifs. Mais, en contrepartie, certains titres de compétence résultant de cette jurisprudence sont attribués expressément par la loi aux

(4) § 45 VwGO ; la suppression de ce chef de compétence était prévue par le projet (voir p. 27).

(5) § 50 VwGO ; cette importante réduction des cas de compétence n'était pas prévue par le projet ; les parlementaires de Bonn l'ont probablement décidée pour que l'organisation des juridictions civiles et administratives soit parfaitement symétrique.

(6) §§ 4 et 9 VwGO ; le projet ne prévoyait de magistrats à titre honorifique que dans les tribunaux administratifs inférieurs ; la solution intervenue est une solution de compromis entre les deux grands partis allemands.

(7) § 41 VwGO. ; ce système est décrit pp. 57 à 59.

(8) La procédure du renvoi (Verweisung) d'un ordre de juridictions à un autre a été également étendue aux tribunaux administratifs.

(9) § 40, al. 1^{er} : « Relèvent de la juridiction administrative tous les litiges de droit public qui ne sont pas constitutionnels et qui ne sont pas expressément attribués par une loi fédérale à un autre tribunal. Les litiges intéressant le droit public d'un Land peuvent également être attribués par une loi à un autre tribunal. »

(10) Voir l'étude de la double clause générale, pp. 80 à 84.

tribunaux civils : il s'agit des demandes de dédommagement pour charge spéciale (Aufopferung), des litiges pécuniaires relatifs aux dépôts de droit public (öffentlich-rechtliche Verwahrung) et des recours en indemnisation pour violation d'obligations de droit public (Schadenersatzanspruch aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten) (11). Le premier titre de compétence n'appelle pas de commentaire : il est normal que l'ensemble du contentieux des dédommagements demeure judiciaire, qu'il repose sur la théorie de l'expropriation ou sur celle des charges spéciales (12). Par contre, les deux autres titres sont d'une interprétation difficile, car ils correspondent approximativement au domaine d'application de la jurisprudence des litiges civils par analogie qui fut abandonnée en 1941 au profit de la jurisprudence des litiges civils par tradition (13). Quoiqu'il en soit, la plupart des litiges de droit public qui étaient portés devant les tribunaux civils en vertu de la tradition continuent à être portés devant eux, mais la solution ne repose plus sur la tradition, mais sur la volonté expresse du législateur. En définitive, la loi apporte peu de modifications à la délimitation des compétences administrative et judiciaire ; elle apporte seulement de la clarté à une matière qui était jusqu'alors très embrouillée. Tel est d'ailleurs le but de toute codification.

(11) § 40, al. 2 VwGO ; cet alinéa ne figurait pas dans le projet gouvernemental.

(12) Cette idée est exposée, p. 121.

(13) Sur la jurisprudence des litiges civils par analogie et son abandon, voir pp. 97 à 99.

TABLE DES MATIERES

I. — TABLE ALPHABÉTIQUE

— A —

Actes d'administration (Verwaltungsakte) :

- notion classique, 242 s.
- notion nouvelle, 248 s.
- caractère individuel, 79, 247.
- recours contentieux, 78, 81, 239.
- rôle de la notion, 241.
- inexistence, 142.
- portant sur des rapports de droit privé, 245. 257 s.
- détachables des contrats de droit privé, 252.
- des établissements publics, 243 s., 249 s., 252 s.
- des personnes privées attributaires de puissance publique, 246, 260 s.
- des autorités judiciaires, 93.
- des églises, 87, 105.

Actes de gouvernement (Regierungsakte) :

- compétence subsidiaire des tribunaux civils, 89.

Actes matériels (tatsächliche Handlungen) :

- détermination du droit applicable, 165.
- responsabilité du fait des automobiles, 223 s.

Activités de l'administration dans le cadre du droit privé (privatrechtliche Verwaltungstätigkeiten) :

- forêts, 196.
- loteries, 198.
- chemins de fer, 206.
- hôpitaux publics, 210.
- distribution d'eau, de gaz et d'électricité, 215.
- transports en commun, 216.
- bains publics, 217.

Activités de l'administration dans le cadre du droit public (öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeiten) :

- police, 223.
- armée, 223.

- enseignement public, 226 s., 250 s.
- postes, 229 s., 266.
- établissement des impôts, 226.
- subventions, 254 s.

Administration (Verwaltung) :

- administration d'autorité, 159, 164, 221 s., 262.
- administration de simple puissance publique, 167, 170, 226 s., 249 s.
- administration domaniale, 171, 194 s.
- administration publique dans les formes du droit privé, 172, 252.

Autorité administrative (Verwaltungsbehörde) :

- notion, 248.
- personne privée attributaire de puissance publique, 260.
- concessionnaires de marchés publics, 261.
- associations délivrant des permis de conduire, 262.

— C —

Charge spéciale (Aufopferung) :

- origine de la théorie, 176.
- caractère judiciaire du contentieux, 120.
- domaine d'application, 130.

Choses publiques (öffentliche Sachen) :

- notion, 176.
- droit applicable, 177.
- travaux relatifs aux voies publiques, 179.
- utilisations privatives des voies publiques, 182.
- entretien des voies publiques, 264.

Codification de la procédure administrative contentieuse (Verwaltungsgerichtsordnung) :

- état d'avancement des travaux, 24.
- compétence des tribunaux administratifs, 83.
- suppression des litiges civils par tradition, 104.
- conflits de compétence, 58.
- hiérarchie des tribunaux administratifs, 27.
- juges des tribunaux administratifs, 30, 31, 33.

Conflits de compétence (Kompetenzkonflikte) :

- réglementation ancienne, 47.
- autorité de la chose jugée, 47 s., 53 s.
- jugement des conflits, 49, 56.
- procédure du renvoi, 53, 58.
- rôle des tribunaux fédéraux, 53.
- prédominance de la Cour fédérale, 55, 56.

Constitution de Weimar (Weimarer Reichsverfassung) :

- art. 131 (responsabilité de l'Etat), 108.
- art. 153 (expropriation), 119.

Constitution de Bonn (Grundgesetz) :

- art. 3 (égalité), 204.
- art. 14 (expropriation), 118 s.
- art. 19 (compétence subsidiaire des tribunaux civils), 84 s.
- art. 34 (responsabilité de l'Etat), 108 s.
- art. 92 (pouvoir judiciaire), 34.
- art. 95 et 96 (tribunaux fédéraux), 13.
- art. 104 (atteinte à la liberté individuelle), 88.

Contentieux administratif (Verwaltungsgerichtliche Klagen) :

- compétence générale des tribunaux administratifs, 76 s.
- double clause générale de compétence, 80 s.

- caractère subjectif et concret, 78.
- effet suspensif des recours, 34, 80.
- action en contestation, 78, 81, 239 s.
- contrôle abstrait des normes, 78.
- litige entre parties, 82, 263 s.
- autres litiges de droit public, 78, 81.
- action déclaratoire, 79.

Contentieux judiciaire (bürgerliche Rechtsstreigkeiten) :

- par nature, 102, 194 s.
- par tradition, 95.
- protection de l'individu, 84.
- protection du patrimoine privé, 92.
- responsabilité de la puissance publique, 105
- dédommagement de droit public, 116.
- questions préalables, 136.

Contrat (Vertrag) :

- contrat de droit commun, 188, 191.
- contrat administratif, 189, 190, 264s., 266.
- contrat entre personnes publiques, 190s., 264s.
- contrat relatif aux travaux publics, 180.
- contrat relatif à l'entretien des voies publiques, 264, 266.
- contrat relatif à l'utilisation des voies publiques, 184.
- litige civil par tradition, 99, 105.

Cour bavaroise des conflits (Bayerischer Kompetenzkonfliktgerichtshof) :

- réapparition après 1945, 56.

Cour fédérale (Bundesgerichtshof) :

- juridiction civile suprême, 16.
- juge des conflits, 55, 56.

— D —

Dédommagement de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung) :

- compétence judiciaire, 118, 131.
- dédommagement et responsabilité, 92, 116, 127, 129.
- dédommagement et emprise, 117.
- indemnisation pour expropriation, 118, 122s.
- indemnisation pour chaque spéciale, 119, 130.

Domaine (Fiskus) :

- exposé de la théorie, 68s., 157.
- abandon de la théorie, 157
- litiges civils par tradition, 95s.
- administration domaniale, 171, 194.

Droit applicable (anzuwendendes Recht) :

- principe de distinction des litiges avec et sans juge, 66s.
- principe de distinction des affaires judiciaires et administratives, 70 s.
- principes de répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs, 73s.
- nature du droit applicable par les tribunaux du travail, 37.
- nature du droit applicable par les tribunaux sociaux, 37.
- nature du droit applicable par les tribunaux financiers, 39.
- nature du droit applicable aux litiges civils par analogie, 97.
- nature du droit applicable à la responsabilité de la puissance publique, 113.

— E —

Egalité (Gleichheit) :

- devant les charges publiques, 119, 126.
- des usagers des établissements publics, 204.
- des parties à un contrat de droit public, 263, 266.

Eglises (Kirchen) :

- litige civil par tradition, 105.
- litige civil par détermination de la loi, 87.

Etablissement public (öffentliche Anstalt) :

- établissement public, 200.
- établissement public à gestion privée, 201s.
- établissement public recourant aux formes du droit privé, 252s.
- établissement public à gestion publique, 226s., 249s.

Expropriation (Enteignung) :

- expropriation par transfert de droits, 124.
- expropriation par extinction de droits, 125.
- quasi-expropriation, 127.
- expropriation et responsabilité pour faute, 129.
- expropriation et égalité devant les charges publiques, 126.
- contrat d'expropriation, 266.
- recours en annulation, 132, 133.
- recours en indemnisation, 118.
- juridictions spéciales pour les expropriations de terrains à bâtir, 134.

— F —

Fonctionnaires (Beamte) :

- fonctionnaire et agent privé, 203.
- contentieux de leurs rémunérations, 93.
- contentieux de leur responsabilité, 107.

Forsthoff (Ernst) :

- rôle dans la doctrine allemande, 281.
- responsabilité pour risque, 110.
- responsabilité du fait des choses publiques, 181.
- décisions des établissements publics, 249.
- administration publique et administration domaniale, 172, 173.
- droit public et droit privé, 276s.
- critères de la gestion publique, 205.

— I —

Indemnisation de droit public (öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen) :

- pour faute, 105.
- pour risque, 110, 117, 127.
- pour expropriation, 118s.
- pour quasi-expropriation, 127s.
- pour charge spéciale, 119.

— L —

Liberté (Freiheit) :

- litige constitutionnel en dernier ressort, 42.
- litige civil par détermination de la loi, 88.
- litige civil à titre subsidiaire, 89.

Litige civil (bürgerliche Rechtstreitigkeit) :

- par nature, 102.
- à titre subsidiaire, 84s.
- par analogie, 97s.
- par tradition, 95, 99s.
- en vertu de la constitution, 84s., 107s., 118s.
- par détermination de la loi, 88.
- par détermination de la coutume, 102.

Litige-entre-parties (Parteistreitigkeit) :

- notion, 82, 263s.
- entre deux personnes publiques, 264s.
- entre une personne publique et une personne privée, 266s.

— M —

Mayer (Otto) :

- rôle dans la doctrine allemande, 8, 280.
- raison d'être de la théorie du Domaine, 67.
- rejet de la théorie du Domaine, 158.
- théorie de la propriété publique, 178.
- prétendus contrats de fonction publique, 188.
- régime juridique de l'établissement public, 202.
- notion d'acte d'administration, 242.
- rapports de sujétion particulière, 244.

— P —

Patrimoine financier, (Finanzvermögen) :

- composition, 194.
- régime juridique, 195.
- forêts, 196.
- entreprises de jeu, 198.

Pouvoir judiciaire (rechtsprechende Gewalt) :

- appartenance des tribunaux administratifs, 23, 34, 52.
- absence de coordination entre les ordres de juridictions, 13, 59.
- lenteur de la justice, 132.

Propriété privée (Privateigentum) :

- atteintes à la propriété privée, 91s.
- propriété privée et chose publique, 178.

Puissance publique (öffentliche Gewalt) :

- puissance publique et autorité, 161s., 221s., 244s.
- simple puissance publique, 166s., 226s., 236, 249s., 252s.
- critère de la gestion publique, 205, 209, 237.
- personne privée attributaire de puissance publique, 246s.

— Q —

Quasi-contrat de droit public (öffentlich-rechtliches vertragähnliches Verhältnis) :

- litige civil par analogie, 104.
- litige-entre-parties, 265.

Questions préalables (Vorfragen) :

- plénitude de juridiction, 139.
- autonomie des juridictions, 138, 140.

- inexistence d'un acte d'administration, 142.
- devant les tribunaux civils, 137s.
- devant les tribunaux administratifs, 145s.

— R —

Règlement (Verordnung) :

- notion, 157, 253.
- recours contre les règlements, 79, 248, 253.
- contrôle à titre incident, 78, 137.

Responsabilité de la puissance publique (Staatshaftung) :

- compétence judiciaire, 111.
- nature du droit applicable, 112.
- responsabilité et dédommagement de droit public, 92, 116, 129.
- responsabilité pour faute, 105.
- responsabilité pour risque, 110, 117, 127.
- responsabilité du fait des choses publiques, 180.
- responsabilité du fait des automobiles, 223s.
- responsabilité des établissements publics à gestion privée, 206s.
- responsabilité des établissements publics à gestion publique, 226s.

— S —

Séparation des pouvoirs (Gewaltenteilung) :

- conflits de compétence, 47.
- actes d'administration des autorités judiciaires, 93.
- questions préalables, 138.

Service public (öffentliche Aufgabe) :

- analyse globale, 222, 224.
- considération du but, 237, 255, 256.

— T —

Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) :

- attributions, 27s.
- composition, 33.
- rôle en matière de répartition des compétences, 53.

Tribunaux administratifs (Verwaltungsgerichte) :

- appartenance au pouvoir judiciaire, 23, 34, 52.
- organisation antérieure à 1945, 19s.
- réformes de 1945, 22s., 75s.
- projet de codification, 24.
- titres de compétence, 75s.
- infériorité lors de la répartition des compétences, 55.
- hiérarchie des tribunaux, 26s.
- statut des magistrats, 29s.
- magistrats à titre honorifique, 31.
- lenteur de la justice administrative, 132.

Tribunaux civils (ordentliche Gerichte) :

- titres de compétence, 84s., 92s.
- hiérarchie des tribunaux, 15s.
- juridictions de révision, 16.
- statut des magistrats, 18s.
- prédominance lors de la répartition des compétences, 47, 55, 56.

Tribunaux constitutionnels (Verfassungsgerichte) :

- rapports avec la juridiction administrative, 42.
- titres de compétence, 41.
- organisation, 42.
- Tribunal constitutionnel fédéral, 42.

Tribunal fédéral suprême (Oberstes Bundesgericht) :

- création prévue par la constitution, 13.
- rôle possible en matière de répartition des compétences, 59.

Tribunaux fédéraux supérieurs (obere Bundesgerichte) :

- création prévue par la constitution, 13.
- rôle en matière de répartition des compétences, 53.

Tribunaux financiers (Finanzgerichte) :

- juridictions administratives d'attribution, 39.
- organisation, 90.

Tribunaux du travail et sociaux (Arbeits und Sozialgerichte) :

- juridictions d'attribution, 36.
- organisation, 37.
- rôle en matière de répartition des compétences, 57s.

II. — TABLE ANALYTIQUE

	Pages
PRÉFACE	I
SOMMAIRE	v
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
<i>Section I. — La répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs, problème commun aux droits français et allemand</i>	1
§ 1. Le problème en droit français	2
§ 2. Le problème en droit allemand	2
<i>Section II. — Méthode et plan adoptés</i>	8

PREMIÈRE PARTIE

L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE ALLEMANDE

CHAPITRE PREMIER : <i>Les divers ordres de juridictions</i>	13
<i>Section I. — Les tribunaux civils (Zivilgerichte)</i>	14
§ 1. La hiérarchie des tribunaux civils	15
I. Les juridictions du premier et du second degré	15
II. Les juridictions de révision	16
§ 2. Le statut des juges civils	18
<i>Section II. — Les tribunaux administratifs (Verwaltungsgerichte)</i>	19
§ 1. L'organisation antérieure à 1945	19
I. Dans le droit d'Empire (Reichsrecht)	19
II. Dans le droit des divers Länder	20
§ 2. La réforme de 1945	21
I. Les diverses réformes et le morcellement du droit positif ..	22
A. Les diverses réformes	22
B. Le morcellement du droit positif	24
II. La nouvelle organisation des tribunaux administratifs	25
A. La hiérarchie des tribunaux administratifs	26
B. L'indépendance des tribunaux administratifs	29
CONCLUSION	33

<i>Section III. — Les autres ordres de juridictions</i>	35
§ 1. Les juridictions d'attribution (<i>besondere Gerichte</i>)	35
I. Les tribunaux du travail et les tribunaux sociaux (<i>Arbeitsgerichte, Sozialgerichte</i>)	36
A. Attributions	36
B. Organisation	37
II. Les tribunaux financiers (<i>Finanzgerichte</i>)	38
A. Attributions	39
B. Organisation	39
§ 2. Les juridictions constitutionnelles (<i>Verfassungsgerichte</i>)	40
I. Attributions	41
II. Organisation	42
 CHAPITRE II : <i>Les procédures de répartition des compétences entre les divers ordres de juridictions</i>	45
<i>Section I. — Les procédures de répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs avant 1945</i>	47
§ 1. Le droit d'Empire (<i>Reichsrecht</i>) : le privilège judiciaire de la chose jugée	47
§ 2. Le droit des Länder (<i>Landesrecht</i>) : privilège judiciaire et juridictions des conflits	49
<i>Section II. — Les procédures de répartition des compétences entre les cinq ordres de juridictions depuis 1945</i>	51
§ 1. Les procédures de répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs (ou financiers)	53
I. Le droit fédéral (<i>Bundesrecht</i>)	53
II. Le droit des Länder (<i>Landesrecht</i>)	54
A. Le droit des Länder d'Allemagne du nord	54
B. Le droit des Länder d'Allemagne du sud	55
§ 2. Les procédures de répartition des compétences entre les tribunaux du travail ou sociaux et les autres tribunaux	57
I. Les règles applicables aux déclarations de compétence	57
II. Les règles applicables aux déclarations d'incompétence	58

DEUXIÈME PARTIE

LA NATURE DU DROIT APPLICABLE, PRINCIPE DE REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES TRIBUNAUX CIVILS ET LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

INTRODUCTION	62
--------------------	----

CHAPITRE III : <i>L'affirmation du principe : la nature du droit applicable, titre général de compétence des tribunaux civils et administratifs</i>	63
---	----

<i>Section I. — Avant 1945 : La nature du droit applicable, principe de répartition des compétences entre l'administration et la justice</i>	66
§ 1. Avant 1871 : la nature du droit applicable, principe de distinction des litiges avec et sans juge	66
§ 2. 1871-1945 : la nature du droit applicable, principe de distinction des affaires judiciaires et des affaires ressortissant aux autorités ou aux juridictions administratives	70

<i>Section II.</i> — Après 1945 : la nature du droit applicable, principe de répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs	73
§ 1. Le principe de la compétence générale des tribunaux administratifs en matière de droit public	75
I. La forme explicite du principe : les tribunaux administratifs juges de tous les litiges de droit public	76
A. L'adoption explicite du principe par la plupart des Länder	76
B. La signification pratique du principe adopté	78
II. La forme implicite du principe : la double clause générale de compétence	80
A. L'adoption de la double clause générale de compétence par certains Länder	80
B. La signification pratique de la double clause générale de compétence	81
§ 2. La compétence subsidiaire des tribunaux civils pour connaître des litiges opposant l'individu à la puissance publique	84
I. La portée théorique de l'article 19 de la Loi fondamentale ..	84
A. La vocation des tribunaux civils à connaître des litiges opposant l'individu à la puissance publique	85
B. Le caractère subsidiaire de la compétence des tribunaux civils	86
II. Les applications pratiques de l'article 19 de la Loi fondamentale	86
A. Les applications concernant certaines exceptions législatives à la compétence générale des tribunaux administratifs ..	87
B. Les applications concernant les exceptions jurisprudentielles à la compétence générale des tribunaux administratifs	88
 CHAPITRE IV : <i>Les exceptions au principe : l'attribution aux tribunaux civils de certains litiges de droit public</i>	91
INTRODUCTION (les autres exceptions au principe)	91
 <i>Section I.</i> — L'attribution aux tribunaux civils du contentieux judiciaire par tradition (<i>bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Tradition</i>)	95
§ 1. La jurisprudence des litiges civils par analogie (<i>bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Analogie</i>)	97
§ 2. La jurisprudence des litiges civils par tradition (<i>bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Tradition</i>)	99
I. L'origine de la jurisprudence	99
II. L'état actuel de la jurisprudence	101
III. La portée très limitée de la jurisprudence	104
 <i>Section II.</i> — L'attribution aux tribunaux civils du contentieux de la responsabilité de la puissance publique (<i>Staatshaftung</i>)	105
§ 1. L'origine et le fondement de la compétence judiciaire	107
I. L'origine de la compétence judiciaire	107
II. Le fondement	108
§ 2. L'étendue du contentieux judiciaire de la responsabilité de la puissance publique	109
§ 3. Les conséquences du caractère judiciaire du contentieux de la responsabilité de la puissance publique	111
I. Les conséquences relatives au partage des compétences entre les tribunaux civils et administratifs	111
II. Les conséquences relatives à la nature du droit applicable ..	112

<i>Section III. — L'attribution aux tribunaux civils du contentieux des dédommagements de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung)</i>	116
§ 1. L'origine et le fondement de la compétence judiciaire	118
I. L'indemnisation pour expropriation (Enteignung)	118
II. L'indemnisation pour charge spéciale (Aufopferung)	119
§ 2. L'étendue du contentieux judiciaire du dédommagement de droit public (öffentlich-rechtliche Entschädigung)	122
I. Le domaine d'application de la théorie de l'expropriation (Enteignung)	122
A. La notion d'expropriation au sens de l'article 14 de la Loi fondamentale	123
a) — les expropriations par transfert de droits	124
b) — les expropriations par extinction de droits	125
B. La notion de quasi-expropriation entraînant l'application de l'article 14 (enteignungsgleicher Eingriff)	127
a) — les quasi-expropriations non fautives	128
b) — les quasi-expropriations fautives	129
II. Le domaine d'application de la théorie des charges spéciales (Aufopferung)	130
§ 3. Les conséquences du caractère judiciaire du contentieux du dédommagement de droit public	131
I. Les avantages et les inconvénients de la compétence judiciaire	131
II. Tentatives et amorces de réforme	133
 CHAPITRE V : Les restrictions au principe : l'attribution partielle des contentieux incidents aux tribunaux juges des contentieux principaux	135
<i>Section I. — L'attribution aux tribunaux civils d'une partie du contentieux administratif incident</i>	136
§ 1. Le principe de l'attribution aux tribunaux civils du contentieux administratif incident	137
§ 2. L'impossibilité pour les tribunaux civils de contrôler la légalité des actes d'administration	139
§ 3. La possibilité pour les tribunaux civils de constater l'inexistence (Nichtigkeit) des actes d'administration	142
<i>Section II. — L'attribution aux tribunaux administratifs du contentieux civil incident</i>	145
CONCLUSION DE LA II^e PARTIE	149

TROISIÈME PARTIE

LE PROBLEME DE LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE AU LITIGE

INTRODUCTION DE LA III^e PARTIE	151
 CHAPITRE VI : Les origines de la délimitation actuelle entre les activités administratives de droit privé et celles du droit public	155
<i>Section I. — De la théorie du Domaine (Fiskus) à la distinction entre l'administration d'autorité et l'administration de gestion</i>	156
§ 1. L'abandon de la théorie du Domaine (Fiskus)	157

§ 2. La distinction de l'administration d'autorité et de l'administration de gestion	160
I. Les notions d'autorité et de gestion	161
II. La distinction des deux notions et le droit positif	162
<i>Section II.</i> — Les transformations de la distinction entre administration d'autorité et administration de gestion	163
§ 1. La transformation de la notion d'administration d'autorité	164
I. La jurisprudence relative à l'application du droit public de la responsabilité	165
II. La jurisprudence relative à la répartition des compétences ..	168
§ 2. La transformation de la notion d'administration de gestion	170
CONCLUSION DU CHAPITRE	172
 CHAPITRE VII : <i>Les actes isolés de gestion privée</i>	175
<i>Section I.</i> — La gestion des choses publiques	176
§ 1. La théorie des choses publiques (öffentliche Sachen)	176
I. La notion de chose publique	176
II. Le droit applicable aux choses publiques	177
§ 2. La gestion des choses à usage commun (Sachen im Gemeingebrauch)	179
I. Les travaux relatifs aux choses à usage commun	179
II. Les utilisations privatives des choses à usage commun (die Sondernutzungen der Sachen im Gemeingebrauch)	182
<i>Section II.</i> — Les contrats de droit commun conclus par l'administration ..	186
§ 1. Les contrats conclus par l'administration avec les particuliers ..	186
§ 2. Les contrats conclus entre deux ou plusieurs personnes publiques	190
CONCLUSION DU CHAPITRE	191
 CHAPITRE VIII : <i>Les activités de l'administration dans le cadre du droit privé</i>	193
<i>Section I.</i> — La gestion du patrimoine financier (Finanzvermögen)	194
§ 1. La théorie du patrimoine financier	194
I. La composition du patrimoine financier	194
II. Le régime juridique du patrimoine financier	195
§ 2. La jurisprudence relative à la gestion du patrimoine financier ..	196
I. Le jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 1 ^{er} juin 1937 relatif à l'administration des forêts	196
II. La décision du Tribunal administratif fédéral du 21 octobre 1955 relatif aux entreprises de jeu	198
<i>Section II.</i> — Les établissements publics à gestion privée (öffentliche Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung)	199
§ 1. La théorie des établissements publics à gestion privée	200
I. La notion d'établissement public à gestion privée	200
A. La notion d'établissement public (öffentliche Anstalt) ..	200
B. La notion de gestion privée (privatrechtliche Benutzung) d'un établissement public	201
II. Les critères de la notion d'établissement public à gestion privée	204
§ 2. La jurisprudence relative aux divers établissements publics à gestion privée	206
I. Le jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 6 octobre 1939 relatif aux chemins de fer	206
II. Le jugement de la Cour fédérale du 26 mars 1953 relatif aux hôpitaux publics	210

304 LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES TRIBUNAUX

III. La jurisprudence relative aux établissements communaux	215
A. Les établissements de distribution d'eau	215
B. Les établissements de distribution de gaz et d'électricité ..	216
C. Les entreprises de transport en commun	216
D. Les établissements de bains	217
CONCLUSION DE LA SECTION	218
CHAPITRE IX : <i>Les activités de la puissance publique, source de responsabilité</i>	219
Section I. — L'administration d'autorité (obrigkeitliche Verwaltung)	221
§ 1. Le caractère global de la notion d'administration d'autorité	221
§ 2. La soumission aux règles de la responsabilité publique des accidents causés par les véhicules administratifs	223
Section II. — L'administration de simple puissance publique (schlicht-hoheitliche Verwaltung)	226
§ 1. L'enseignement public	226
§ 2. L'administration des postes	229
I. La jurisprudence antérieure à 1938	230
II. Le jugement du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) du 13 mai 1938	231
III. Le jugement de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) du 23 février 1956	234
CONCLUSION DU CHAPITRE	238
CHAPITRE X : <i>Les actes et les rapports juridiques relevant de la juridiction administrative</i>	239
Section I. — Les actes d'administration (Verwaltungsakte)	240
§ 1. La notion classique d'acte d'administration	242
I. L'acte d'administration est un acte d'autorité reposant sur un rapport de sujétion générale	243
II. L'acte d'administration est un acte juridique portant soit sur un rapport de droit public, soit sur un rapport de droit privé	245
III. L'acte d'administration est un acte émanant d'une autorité administrative	246
IV. L'acte d'administration est un acte individuel	247
§ 2. L'évolution récente de la notion d'acte d'administration	248
I. Les éléments qui évoluent	249
A. L'extension de la notion aux décisions des établissements publics à utilisation de droit public (Anstalten mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung)	249
B. L'extension de la notion aux actes détachables de certains contrats de droit privé	252
II. Les éléments de la notion qui demeurent inchangés	257
A. L'acte d'administration demeure un acte juridique portant soit sur un rapport de droit public, soit sur un rapport de droit privé	257
B. L'acte d'administration demeure un acte émanant de l'organe d'une personne publique ou d'une personne privée attributaire de puissance publique (beliehener Unternehmer ou Verband)	260
CONCLUSION DE LA SECTION	262
Section II. — Les rapports de droit public entre personnes juridiquement égales	263
§ 1. Les rapports de droit public entre deux personnes administratives juridiquement égales	264

§ 2. Les rapports de droit public entre deux personnes, l'une privée, l'autre publique, mais juridiquement égales	266
CONCLUSION DE LA III ^e PARTIE	269
CONCLUSION GÉNÉRALE	273
Section I. — La comparaison des solutions françaises et allemandes	273
Section II. — La raison d'être des solutions françaises et allemandes	275
DOCUMENTATION GÉNÉRALE	279
I. — <i>Bibliographie</i>	279
A. Ouvrages généraux	279
B. Collections juridiques	282
II. — <i>Cartographie</i>	283
A. Tribunaux civils	284
B. Tribunaux administratifs	285
C. Tribunaux fédéraux supérieurs	286
ADDENDA	287
TABLES DES MATIÈRES	291
I. Table alphabétique	291
II. Table analytique	299

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Paris — 715

Dépôt légal : 2^e Trimestre 1960

Printed in France

IMPRIMERIE R. CAVILLON
25, Allée Emile-Cossonneau
Clichy-sous-Bois (S.-&-O.)
Typographie R. VANÇON

N^o 160

24.6.1960

